Die Haftung des Erben

gegenüber den im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

Heymann Levy

aus Bromberg.

Hildburghausen.

Druck von Dr. L. Nonnes Erben (Druckerei der Dorfzeitung).

1912.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553625_0064

Die Haftung des Erben

gegenüber den im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern.

Inaugural-Dissertation

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

Heymann Levy
aus Bromberg.

Hildburghausen.
Druck von Dr. L. Nonnes Erben (Druckerei der Dorfzeitung).
1912.

Referenten:

Herr Professor Dr. Bernhöft.
Herr Professor Dr. Wachenfeld.

Meinen lieben Eltern.

Inhalts-Verzeichnis.

§ 1.

Seite

Die relative Haftungsbeschränkung im System der Erbenhaftung 1—5

I. Die verschiedenen Theorien der Erbenhaftung . . . . . 1—2

II. Die praktische Bedeutung der Theorien über die Erbenhaftung 2—4

III. Die absolut und die nur relativ wirkenden Haftungsbeschränkungsmittel . . . . . 4—5

IV. Unsere Aufgabe 5

§ 2.

Die Voraussetzungen für die Geltendmachung der relativ wirkenden Haftungsbeschränkungsmittel . . . . . 5—10

I. Die absolute und die relative Verwirkung der Haftungsbeschränkung . . . . . 5—8

II. Das Verhältnis der relativen Haftungsbeschränkung zur absoluten und relativen Verwirkung der Haftungsbeschränkung . 9—10

§ 3.

Das Aufgebot der Nachlaßgläubiger . . . . . 10—20

I. Die Gründe für das Aufgebotsverfahren . . . . . 10—12

II. Die Aufgebotsbeteiligten . . . . . 12—19

III. Die Wirkungen des Ausschlußurteils . . . . . 19—20

§ 4.

Die Einrede der beschränkten Haftung aus § 1973 . . . . . 20—56

A. Die Feststellung des Nachlaßüberschusses . . . . . 20—34

I. Feststellung der Aktiven des Nachlasses 20

II. Feststellung der Passiven des Nachlasses . . . . . 20—23

III. Die Haftung des Erben für die Verwaltung des Nachlasses gegenüber den ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern . . . . 23—24

IV. Der Anspruch des Erben auf Ersatz der von ihm auf den Nachlaß gemachten Verwendungen . . . . . 25—33

V. Der für den Umfang der Bereicherung des Erben maßgebende Zeitpunkt . . . . . 33—34

B. Die Herausgabe des Nachlaßüberschusses . . . . . 34—56

I. Formulierung der Alternative für die Herausgabe des Nachlaßüberschusses 34

Seite

II. Auslegung im Sinne der ersten Alternative 35
III. Auslegung im Sinne der zweiten Alternative . . . . . 35—52
1. Die wörtliche Auslegung . . . . . 35—36
2. Unser Standpunkt . . . . . 36—41
3. Herausgabe des Nachlaßüberschusses durch Preisgabe desselben . . . . . 41—43
4. Herausgabe des Nachlaßüberschusses mittels rechtsverbindlicher Erklärung, denselben zwecks Befriedigung zur Verfügung zu stellen . . . . . 43—45
5. Herausgabe des Nachlaßüberschusses als Herausgabe im technischen Sinn . . . . . 45—50
6. Herausgabe des Nachlaßüberschusses auf Grund der Haftung pro viribus hereditatis . . . . . 50—52
IV. Durchführung der Befriedigung des ausgeschlossenen Nachlaßgläubigers . . . . . 52—56
1. Die erzwungene Befriedigung des Gläubigers . . . . 52—53
2. Die freiwillige Befriedigung des Gläubigers . . . . . 53—56

§ 5.

Das Abfindungsrecht des Erben . . . . . 56—63
I. Das Abfindungsrecht in materiellrechtlicher Beziehung . . 56—61
II. Die prozessuale Geltendmachung des Abfindungsrechts . . 61—63

§ 6.

Das Präventionsprinzip des § 1973 . . . . . 63—66
I. Der Einfluß des Präventionsprinzips auf das Verhältnis des Erben zu dem seine Forderung geltend machenden ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger . . . . . 63—64
II. Der Einfluß des Präventionsprinzips auf das Verhältnis der ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger unter einander . . . . 64—66
III. Gleichstellung aller endgültig vollstreckbarer Titel mit dem rechtskräftigen Urteil 66

§ 7.

Die Geltendmachung der ausgeschlossenen Forderung durch den Nachlaßgläubiger im Prozeß und die Verteidigung des Erben 66—89
A. Der Gläubiger verlangt Befriedigung nur aus dem Nachlaß . . . . . 67—75
I. Der Nachlaß ist nicht erschöpft, und der Erbe macht vom Abfindungsrechte keinen Gebrauch . . . . . 67—68
II. Der Nachlaß ist erschöpft 68
III. Der Nachlaß ist nicht erschöpft, und der Erbe macht vom Abfindungsrecht schon im Hauptprozeß Gebrauch . . . . . 69—75
1. Der Nachlaßüberschuß deckt die Forderung des ausgeschlossenen Gläubigers 69
2. Der Nachlaßüberschuß deckt die Forderung des ausgeschlossenen Gläubigers nicht . . . . . 69—75

Seite

B. Der Gläubiger verlangt Befriedigung nicht nur aus dem Nachlaß, sondern aus dem Gesamtvermögen des Erben . . . . . 75—89

I. Die Verurteilung des Erben erfolgt ohne Vorbehalt der beschränkten Haftung . . . . . 75—76

II. Die Verurteilung des Erben erfolgt lediglich unter dem Vorbehalt der beschränkten Haftung des § 780 Z. P. O. . . . . 76—87

III. Die Verurteilung des Erben erfolgt unter dem dem § 1973 Abs. I Satz 1 entsprechenden Vorbehalt der beschränkten Haftung 87—89

§ 8.

Die Rechtsstellung der im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger im Nachlaßkonkurse . . . . . 89—93

1. Beschränktes Antragsrecht auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses 89

2. Beschränkter Anspruch auf das vom Erben nach den §§ 1978 bis 1980 zur Masse zu Erstattende . . . . 89—90

3. Geltendmachung der Forderung als Forderung minderen Rechtes . . . . . 90—91

4. Ausschließung von der Teilnahme am Zwangsvergleich 91—93

Literatur-Verzeichnis.

1. Begründung zu den Entwürfen eines Gesetzes, betr. Änderungen der Konkursordnung und eines zugehörigen Einführungsgesetzes. Reichstagsdrucksache Nr. 100. 1897/98. Zitiert: Begründung.
2. Bernhöft, Das Bürgerliche Recht). 2. Auflage, 1904. Zitiert: Bernhöft.
3. Bernhöft, Das Erbrecht (das neue Bürgerliche Recht). 3. bis 5. Tausend. Verlag von Ernst Heinrich Moritz in Stuttgart. Zitiert: Bernhöft, Erbrecht.
4. Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Teil 1901, II. Teil 1903. Zitiert: Binder.
5. Boehm, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Auflage, 1900. Zitiert: Boehm.
6. Boehm, Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Bei Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 42. Berlin 1898. S. 455 ff., S. 683 ff. Zitiert: Boehm bei Gruchot.
7. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II, 4. Auflage, 1904.
8. Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (Guttentag 1896).
9. Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. V, deutsches Erbrecht, 3. Auflage 1911.
10. Eccius, Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten bei Gruchot. Bd. 43. Berlin 1899. S. 603 ff., 801 ff.
11. Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. III, 1. und 2. Auflage. Berlin 1904.
12. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. III, 3. bis 5. Auflage, 1899.
13. Engländer, Das Aufgebot der Nachlaßgläubiger. Leipziger Dissertation 1906.
14. Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht. Bd. II, 2. Auflage, 1902.
15. Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Bd. IV, 7. Auflage, 1897.
16. Frommhold, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Das Erbrecht, 1899.
17. Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. II, 8. und 9. Auflage, 1908.
18. Goldmann, Ist nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten grundsätzlich eine beschränkte oder eine unbeschränkte? Bei Gruchot, Bd. 43. Berlin 1899. S. 428 ff.
19. Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge, 2. Auflage, 1900.

20. Hagen, Die Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten. In Ihering's Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 41, S. 43 ff. Jena 1901.
21. Heilfron, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. III, Sachenrecht, 2. Auflage, 1903. Bd. IV, Familien- und Erbrecht, 2. Auflage, 1904. Zitiert: Heilfron, B. G. B.
22. Heilfron, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. Bd. II, 1905. Zitiert: Heilfron, Z. P. O.
23. Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. I, 1903.
24. Jaeger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs im neuen Reichsrecht. Berlin 1898. Zitiert: Jaeger.
25. Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 2. Auflage, 1904. Zitiert: Jaeger, K. O.
26. Kretzschmar, Das Erbrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1910. Zitiert: Kretzschmar.
27. Kretzschmar, Beschränkung der Haftung des Erben. In Seuffert's Blättern für Rechtsanwendung. 76. Jahrgang, Nr. 21 vom 1. November 1911. S. 683 ff. Zitiert: Bl. f. Rechtsanwendung.
28. Küntzel, Strohal's kritische Bemerkungen über das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bei Gruchot, Bd. 41. Berlin 1897. S. 583 ff.
29. Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes. 5. Auflage, 1910.
30. Mayer-Reis, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts. Bd. II, 1902.
31. Meyer, Praktische Streifzüge auf dem Gebiet der Erbenhaftung. Berlin 1904.
32. Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. V, Erbrecht, 1896.
33. Münchmeyer, Haftung des Erben und Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten nach Bürgerlichem Gesetzbuch, 1899.
34. Nauenberg, Die Wirkung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger. Leipziger Dissertation 1906.
35. Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. II, 5. Auflage, 1909.
36. Oetker, Zivilprozeßordnung, Konkursordnung, Bürgerliches Gesetzbuch in alter und neuer Gestalt von Buchka, Oetker und Lehmann. Berlin 1899.
37. Petersen, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Kommentar, Bd. II, 1901.
38. Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. V, 1. und 2. Auflage, 1902; 3. Auflage, 1908. Wo nichts anderes bemerkt ist, ist die 3. Auflage zitiert.
39. Planck, In der deutschen Juristenzeitung. Jahrgang 1899.
40. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. V, Erbrecht, 1899.
41. Reichsgericht, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd 7, S. 358 ff.; Bd. 8, S. 336 ff.; Bd. 39, S. 420 ff.; Bd. 59, S. 301 ff.; Bd. 61, S. 221 ff. Zitiert: R. G.
42. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann. Bd. 9, S. 385 ff.; Bd. 11, S. 227 ff. Zitiert: Rspr. d. O. L. G.
43. Reichsgerichtsrätekommentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts Kommentar

von Reichsgerichtsräten. Bd. I und II. Nürnberg und Leipzig. U. E. Sebald. Zitiert: R. G. R. K.
44. Schenk, Die Wirkung des nach Aufgebot der Nachlaßgläubiger ergangenen Ausschlußurteils. Jenaer Dissertation 1907.
45. Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Bd. II, 10. Auflage, 1908.
46. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II, I. Teil, 3./4. Auflage, 1908. Bd. V, bearbeitet von Herzfelder, 5./6. Auflage, 1911.
47. Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. II, 3. Auflage, 1903/04.
48. Weißler, Das deutsche Nachlaßverfahren, 1900.
49. Wendt, Die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten. Im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 86, S. 353 ff. Tübingen 1896.
50. Wilke, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Kommentar. Bd. V, 1900.
51. Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. III, 8. Auflage, 1901.

Die Paragraphen, bei denen nichts bemerkt ist, beziehen sich sämtlich auf das Bürgerliche Gesetzbuch.

§ 1.

Die relative Haftungsbeschränkung im System der Erbenhaftung.

I. Die verschiedenen Theorien der Erbenhaftung.

Zu den schwierigsten Fragen auf dem Gebiete des Erbrechts gehört das Problem der Erbenhaftung. Die Frage, ob der Erbe nach dem B. G. B. für die Nachlaßverbindlichkeiten grundsätzlich unbeschränkt, d. h. mit dem Nachlaß und seinem Eigenvermögen oder beschränkt, d. h. nur sachlich mit dem Nachlaß selber — cum viribus hereditatis haftet, ist sehr bestritten.[1]) Eine erschöpfende Kritik der Ausführungen und Gründe, die von den Vertretern der sich gegenüberstehenden Theorien über die Erbenhaftung zur Verteidigung ihres eigenen und zur Widerlegung des gegnerischen Standpunktes geltend gemacht werden, würde weit über den Rahmen unserer Aufgabe hinausgehen. Wir müssen uns daher mit einer kurzen Stellungnahme zur Streitfrage begnügen.

1. Nach herrschender und u. E. richtiger Ansicht, die von der grundsätzlich unbeschränkten Haftung ausgeht,[2]) ist die Haftung des Erben von vornherein unbeschränkt und bleibt endgültig unbeschränkt, wenn er gewisse Pflichten verletzt, namentlich wenn er das Inventarrecht verloren hat. Bis dahin ist seine Haftung aber beschränkbar, und sie beschränkt sich in diesem Falle durch Nachlaßseparation in ihren drei Formen

---

[1]) Ausführliche Literaturangaben über diese Streitfrage bei Dernburg, B. G. B., Bd. V, S. 468, Anm. 4; Binder, Bd. II, S. 61, Anm. 53; Staudinger, Bd. V, S. 124, 125, 129 ff.

[2]) Jäger, S. 1, 2, 5; Dernburg, B. G. B., Bd. V, S. 469; Eck, Bd. III, S. 25; Cosack, Bd. II, S. 758 ff.; Bernhöft, Das bürgerliche Recht, S. 236, § 267; Bernhöft, Erbrecht, S. 262; Engländer, S. 11; Windscheid-Kipp, Bd. III, S. 464, 465; Planck, Bd. V, S. 93; Staudinger, Bd. V, S. 129, 132 ff.; R. G. R. K., Bd. II, S. 436, Nr. 1 und 2.

der Nachlaßverwaltung bei Zulänglichkeit, des Nachlaßkonkurses bei Überschuldung des Nachlasses nach § 1975, und der Einrede der Dürftigkeit des Nachlasses bei Untunlichkeit der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses nach § 1990, außerdem durch Aufgebot der Nachlaßgläubiger nach § 1973 bezw. durch Verschweigung derselben nach § 1974 auf den Nachlaß.

2. Die gegenteilige Meinung, welche die grundsätzlich beschränkte Erbenhaftung vertritt, und die wir ablehnen,[1]) läßt den Erben so haften, daß seine Haftung von vornherein auf den Nachlaß sich beschränkt. Durch rechtzeitige und ordnungsmäßige Inventarerrichtung bleibt sie endgültig beschränkt, durch Versäumung der Inventarfrist oder durch ungetreue Inventarerrichtung wird sie endgültig unbeschränkt.

3. Nach einer dritten Ansicht endlich, die zwischen der grundsätzlich unbeschränkten und der grundsätzlich beschränkten Haftung vermitteln will,[2]) ist die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten grundsätzlich beschränkbar, da sie „erst dadurch zu einer unbeschränkten wird, daß der Erbe des Rechtes zur Beschränkung seiner Haftung durch eine Verfehlung gegen die Inventarpflicht verlustig geht".[3]) Diese Formulierung der Erbenhaftung sagt aber sachlich dasselbe, wie die grundsätzlich unbeschränkte Erbenhaftung. Denn wenn die Erbenhaftung beschränkbar ist, muß sie doch an sich unbeschränkt sein. Wenn die Erbenhaftung grundsätzlich auf den Nachlaß beschränkt wäre, könnte sie doch nicht mehr auf den Nachlaß beschränkt werden, also auch nicht beschränkbar sein.

II. Die praktische Bedeutung der Theorien über die Erbenhaftung.

Die Frage, ob der Erbe grundsätzlich unbeschränkt oder nur beschränkt, cum viribus hereditatis haftet, hat nicht nur

---

[1]) Eccius bei Gruchot, Bd. 43, S. 603 ff., 801 ff.; Goldmann ibid., S. 248; Frommhold, S. 49; Hachenburg, S. 662 ff.; Binder, Bd. II, S. 63 bis 101, Bd. III, S. 272 ff.; vergl. auch die bei Staudinger, Bd. V, S. 130 Angeführten.

[2]) Strohal, Bd. II, S. 191, Anm. 2 und S. 192; Kretzschmar, S. 326, und Bl. f. Rechtsanwendung, S. 683 I und II.

[3]) Kretzschmar, S. 326.

theoretischen Wert,[1]) sie ist nicht nur eine Frage der juristischen Konstruktion,[2]) sondern auch praktisch von erheblicher Bedeutung für die Verteilung der Beweislast[3]) und für die Entscheidung, ob der Erbe im einzelnen Fall beschränkt oder unbeschränkt haftet.[4])

Vom Standpunkt der grundsätzlich unbeschränkten Haftung muß der Erbe im Wege der Einrede behaupten und im Falle des Bestreitens durch den Nachlaßgläubiger auch beweisen, daß er beschränkt haftet. Den Beweis kann er nur erbringen, wenn er die zur Herbeiführung der beschränkten Haftung erforderlichen Schritte getan hat.[5]) Deshalb ist es auch vom Standpunkt der beschränkbaren Haftung unrichtig, wenn Kretzschmar[6]) dem Nachlaßgläubiger die Beweislast für die unbeschränkte Haftung des Erben auferlegt.

Vom Standpunkt der grundsätzlich beschränkten Haftung dagegen muß der Nachlaßgläubiger die unbeschränkte Haftung des Erben behaupten, und wenn der Erbe sie bestreitet, auch beweisen. Denn nach dieser Ansicht haftet der Erbe, solange er nicht die Inventarfrist versäumt oder die Inventarpflicht verletzt hat, beschränkt. Der Erbe macht dann keine Einrede geltend, sondern bestreitet den Teil des Klageanspruchs, der auf seine Verurteilung ohne Vorbehalt der beschränkten Haftung geht. Folglich muß der Nachlaßgläubiger dann die unbeschränkte Haftung des Erben beweisen.[7])

Nach der ersten von uns gebilligten Ansicht ist die Nachlaßseparation das gewöhnliche Mittel zur Herbeiführung der beschränkten Haftung,[8]) nach der zweiten Meinung nur ein erbschaftliches Liquidationsverfahren.[9]) So wichtig nun auch die eben erörterten aus der Kontroverse über die Erbenhaftung

---

[1]) Planck, Bd. V, S. 93.

[2]) Planck in der J. Z. 1899, S. 365—369; Endemann, Bd. III, S. 395, Anm. 18; Wilke, S. 37.

[3]) Staudinger, Bd. V, S. 129.

[4]) Hachenburg, S. 660.

[5]) Strohal, Bd. II, S. 304; Matthiaß, S. 759 A; Staudinger, Bd. V, S. 131, 135; Dernburg, Bd. V, S. 473 VII.

[6]) Kretzschmar, S. 380, Nr. 4 und Bl. f. Rechtsanwendung S. 689, VI.

[7]) Binder, Bd. II, S. 221.

[8]) Kretzschmar, S. 396; Planck, Bd. V, S. 94; Staudinger, Bd. V, S. 165.

[9]) Binder, Bd. II, S. 99; Hachenburg, S. 701.

sich ergebenden Folgen sind, muß man andererseits ihre Tragweite nicht übertreiben und tragisch auffassen. „Die Unklarheit des Gesetzes“ — so klagt Münchmeyer[1]) — „und der Streit über die Erbenhaftung drohen für den Erben werdenden Deutschen zum grauenvollen Verhängnis zu werden.“ Diese Befürchtung geht doch zu weit.[2])

III. Die absolut und die nur relativ wirkenden Haftungsbeschränkungsmittel.

So gelangen wir in der Frage der Herbeiführung der beschränkten Haftung des Erben zu folgendem Ergebnis:

Mit Wirkung gegen alle Nachlaßgläubiger,[3]) mit absoluter Wirkung[4]) beschränkt sich regelmäßig die Erbenhaftung auf die Substanz des Nachlasses durch Liquidation des Nachlasses im Wege der Nachlaßseparation nach § 1975 mittels Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurses und im Falle ihrer Untunlichkeit wegen Ärmlichkeit des Nachlasses durch die Geltendmachung der Einrede der Unzulänglichkeit des Nachlasses nach § 1990. Diese drei Normalfälle der beschränkten Haftung nennt man „gewöhnliche gesetzliche Beschränkung der Erbenhaftung“,[5]) „allgemein beschränkte Haftung“[6]) oder „beschränkte Haftung im technischen Sinn“.[7])

Im Gegensatz zu dieser Art der beschränkten Erbenhaftung steht die Haftung mit nur relativer Wirkung,[8]) die nur ausnahmsweise, nämlich nur gegenüber einzelnen Gläubigern[9]) oder „säumigen“[10]) Nachlaßgläubigern sich auf die Bereicherung des Erben aus dem Überschuß des Nachlasses oder dessen Wert beschränkt. Sie tritt in folgenden Fällen ein:

a) Nach § 1973 gegenüber den im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern;

---

[1]) Münchmeyer, S. 54.

[2]) Vergl. Dernburg, Bd. V, S. 469; Planck in D. J. Z. 1899, S. 365; Engländer, S. 5 und Anm. 2 ibid.

[3]) Bernhöft, Erbrecht, S. 264.

[4]) Matthiaß, S. 759.

[5]) Neumann, Bd. II, S. 441.

[6]) Staudinger, Bd. V, S. 165, III, 1.

[7]) Planck, Bd. V, S. 94.

[8]) Matthiaß, S. 759.

[9]) Bernhöft, Erbrecht, S. 265.

[10]) Neumann, Bd. II, S. 443.

b) nach § 1974 gegenüber solchen Nachlaßgläubigern, die ihre Forderungen später, als fünf Jahre nach dem Erbfall dem Erben gegenüber geltend machen;

c) nach § 1989 gegenüber solchen Nachlaßgläubigern, die ihre Forderungen nach Beendigung des Nachlaßkonkurses durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich gegen den Erben geltend machen.

Auch diese drei Sonderfälle der beschränkten Haftung haben keine einheitliche Bezeichnung. Sie heißen: „Außergewöhnliche Beschränkung der Haftung des Erben",[1]) „beschränkte Haftung einzelnen Gläubigern gegenüber",[2]) oder „Beschränkung der Haftung im engeren Sinn".[3])

IV. Unsere Aufgabe.

Die Betrachtung der Haftung des Erben gegenüber den Nachlaßgläubigern auf Grund des ersten relativ wirkenden Haftungsbeschränkungsmittels soll uns im folgenden beschäftigen.

§ 2.

Die Voraussetzungen für die Geltendmachung der relativ wirkenden Haftungsbeschränkungsmittel.

I. Die absolute und die relative Verwirkung der Haftungsbeschränkung.

Nach § 2013 Abs. I Satz 1 finden die Vorschriften der §§ 1973, 1974 und 1989 keine Anwendung, die relative Haftungsbeschränkung tritt also nicht ein, wenn der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet, d. h., wenn er die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung verloren hat.[4]) Der Erbe kann dieses Recht allen oder nur bestimmten Gläubigern gegenüber einbüßen, und es tritt im ersten Fall „absolute", im zweiten nur „relative Verwirkung"[5]) seines Rechtes auf beschränkte Haftung ein.

---

[1]) Neumann, Bd. II, S. 443.
[2]) Staudinger, Bd. V, S. 165, III, 1.
[3]) Planck, Bd. V, S. 94.
[4]) Staudinger, Bd. V, S. 253 I.
[5]) Matthiaß, S. 759 b.

Allen Nachlaßgläubigern gegenüber haftet der Erbe in folgenden Fällen unbeschränkt:

1. Wegen Versäumung der Inventarfrist nach § 1994 Abs. I.

2. Wegen absichtlich ungetreuer Inventarerrichtung nach § 2005 Abs. I Satz 1.

3. Wegen Verweigerung oder absichtlicher und erheblicher Verzögerung der von § 2003 geforderten Auskunft nach § 205 Abs. I Satz 2.

4. Wegen allgemeinen Verzichts des Erben auf die beschränkte Haftung allen Nachlaßgläubigern gegenüber. Der erste Entwurf enthielt im § 2094 die allgemeine vom Erben in öffentlich beglaubigter Form gegenüber dem Nachlaßgericht abzugebende Erklärung seines Verzichtes auf die beschränkte Haftung. Von der zweiten Kommission wurde diese Bestimmung aber wieder beseitigt mit der Begründung, ein absoluter Verzicht auf die beschränkte Haftung werde im Leben kaum vorkommen.[1])

Das B. G. B. enthält keine Bestimmung über den Generalverzicht des Erben. Es erwähnt im § 2012 die Möglichkeit des Verzichts des Erben auf die beschränkte Haftung nur negativ, indem es anordnet, daß der Nachlaßpfleger nicht auf die Beschränkung der Haftung des Erben verzichten kann. Es nimmt daher als selbstverständlich an, daß der Erbe auf seine beschränkte Haftung auch verzichten kann.[2]) Die Möglichkeit des Spezialverzichts des Erben auf die beschränkte Haftung einem einzelnen Nachlaßgläubiger gegenüber steht somit außer Frage. Dagegen ist die Zulässigkeit des allen Nachlaßgläubigern gegenüber wirksamen Generalverzichts des Erben auf die beschränkte Haftung bestritten. Nach einer Ansicht[3]) wird die Möglichkeit des allgemeinen Verzichts verneint, weil der Verzicht nur durch Vertrag mit dem einzelnen Gläubiger erfolgen könne. Nach der entgegengesetzten Ansicht[4]) ist,

---

[1]) Protokolle, Bd. V, S. 732.

[2]) R. G. R. K., Bd. II, S. 468, Nr. III zu § 2012.

[3]) Planck, Bd. V, S. 169, Bem. 6c, S. 191, Nr. 4a; Strohal, Bd. II, S. 330, Anm. 2.

[4]) Staudinger, Bd. V, S. 136, Nr. 4b, der aber nicht frei von Widerspruch ist, weil er Bd. II, Teil 1, S. 158, Nr. 5 zu § 305 bemerkt: „In der Regel ist der einseitige, nicht angenommene Verzicht auf eine Einrede für unwirksam zu erklären."

allerdings ohne Begründung, der allgemeine Verzicht des Erben auf seine Haftungsbeschränkung als zulässig anzunehmen. Die zweite Ansicht dürfte u. E. zutreffen, denn der Verzicht und der Erlaß sind nicht dasselbe. Der Erlaß wird im § 397 einheitlich behandelt, der Verzicht hingegen nicht. Jener verlangt nach § 397, damit das Schuldverhältnis erlischt, einen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner. Der Verzicht jedoch ist kein Vertrag, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft, er kommt im Gegensatz zum Erlaß auch außerhalb des Rechts der Schuldverhältnisse, z. B. in den §§ 1137, 1822 Nr. 2, 2346, 2347 vor, und er bezieht sich im Gegensatz zum Erlaß auch auf Befugnisse und Einreden, z. B. in den §§ 239, 571, 671, 768.[1]) Da die Herbeiführung der beschränkten Haftung eine Befugnis und ihre Geltendmachung eine Einrede des Erben ist, so kann der Erbe auf beide einseitig sowohl einem einzelnen, wie allen Nachlaßgläubigern gegenüber rechtswirksam verzichten.

Nur einzelnen Nachlaßgläubigern gegenüber haftet der Erbe in folgenden Fällen unbeschränkt:

1. Der Erbe ist ohne den Vorbehalt der beschränkten Haftung, wie ihn § 780 Z. P. O. verlangt, verurteilt. Er ist dann persönlich, also unbeschränkbar verurteilt, und er haftet dem Gläubiger, der dieses Urteil erwirkt hat, unbeschränkt und unbeschränkbar.[2]) Wenn das Urteil den Vorbehalt nicht enthält, so ist darin ein Verzicht des Erben auf die beschränkte Haftung dem betreffenden Gläubiger gegenüber zu erblicken.[3])

2. Der Erbe ist mit dem Vorbehalt der beschränkten Haftung nach § 780 Z. P. O. verurteilt. Nach § 781 Z. P. O. bleibt dann die Beschränkung seiner Haftung bei der gegen ihn geführten Zwangsvollstreckung unberücksichtigt, bis er gegen dieselbe Einwendungen erhebt, und zwar, indem er mittels der Vollstreckungsgegenklage, §§ 785, 767 Z. P. O. beantragt, die Zwangsvollstreckung in sein nicht zum Nachlaß gehöriges Vermögen für unzulässig zu erklären.[4]) Bis zur

---

[1]) R. G. R. K., Bd. I, S. 314, 315 zu § 397.

[2]) Staudinger, Bd. V, S. 135, Nr. 4a; R. G., Bd. 59, S. 301 ff.; Strohal, Bd. II, S. 330, Nr. 1; Dernburg, Bd. V, S. 504, Nr. 1.

[3]) Kretzschmar in Bl. f. Rechtsanwendung, S. 684 III.

[4]) Staudinger, Bd. V, S. 135, Nr. 4a; Jäger, S. 21; Gaupp-Stein, Bd. II, S. 517; Seuffert, Bd. II, S. 442; Petersen, Bd. II, S. 402; Planck, Bd. V, S. 93, Nr. 3; Kretzschmar in Bl. f. Rechtsanwendung, S. 683 II.

Erhebung der Vollstreckungsgegenklage haftet also der Erbe trotz der Herbeiführung der beschränkten Haftung nach den Vorschriften des materiellen Rechts und trotz des prozessualen Blankettvorbehalts des § 780 Z. P. O. dem die Zwangsvollstreckung betreibenden Nachlaßgläubiger tatsächlich doch unbeschränkt.

Läßt also der Erbe die Zwangsvollstreckung auch in sein nicht zum Nachlaß gehöriges Vermögen geschehen, ohne hiergegen Einwendungen zu erheben, so wird man darin einen Verzicht auf die beschränkte Haftung dem betreffenden Gläubiger gegenüber sehen müssen. Denn der Verzicht kann auch stillschweigend erklärt werden.[1]) Daher kann nach Beendigung der Zwangsvollstreckung der Erbe den Nachlaßgläubiger wegen des aus seinem persönlichen Vermögen durch die Zwangsvollstreckung Erlangten auch nicht etwa wegen Schadenersatzes oder wegen ungerechtfertigter Bereicherung in Anspruch nehmen.[2]) Ist die Zwangsvollstreckung beendigt, so kommt die Vollstreckungsgegenklage zu spät. Die in das nicht zum Nachlaß gehörige Vermögen des Erben erfolgte Vollstreckung kann dann nicht mehr rückgängig gemacht werden.[3])

3. Der Erbe hat die von einem Nachlaßgläubiger verlangte Leistung des im § 2006 Abs. I enthaltenen Offenbarungseides verweigert. Er haftet dann nach § 2006 Abs. II dem Gläubiger, der den Antrag gestellt hat, unbeschränkt. „Das Gleiche gilt" — sagt § 2006 Abs. II Satz 2 — „wenn er weder in dem Termine, noch in einem auf Antrag des Gläubigers bestimmten neuen Termin erscheint, es sei denn, daß ein Grund vorliegt, durch den das Nichterscheinen in diesem Termin genügend entschuldigt wird".

4. Der Erbe hat einem bestimmten Nachlaßgläubiger gegenüber auf seine beschränkte Haftung verzichtet. Wenn die Möglichkeit des Verzichts auf die Beschränkung der Haftung im § 2012 auch nur negativ erwähnt ist, so hat das Gesetz doch die Möglichkeit des Spezialverzichts als selbstverständlich angenommen.[4])

---

[1]) R. G. R. K., Bd. I, S. 315.

[2]) Jäger, S. 21.

[3]) Kretzschmar in Bl. f. Rechtsanwendung, S. 684 II.

[4]) Staudinger, Bd. V, S. 135, 136 Nr. 4; R. G. R. K., Bd. II, S. 468 Nr. 3; Dernburg, Bd. V, S. 504 I.

II. Das Verhältnis der relativen Haftungsbeschränkung zur absoluten und relativen Verwirkung der Haftungsbeschränkung.

1. Tritt die absolute Verwirkung der Haftungsbeschränkung vor der durch Ausschlußurteil nach § 1973 oder durch Verschweigung nach § 1974 erfolgten Ausschließung der Nachlaßgläubiger, also noch vor der relativen Haftungsbeschränkung ein, so kann der Erbe, da er bereits allen Nachlaßgläubigern unbeschränkt haftbar geworden ist, seine relative Haftungsbeschränkung gemäß § 2013 Abs. I Satz 1 nicht mehr herbeiführen.[1])

2. Erfolgt die absolute Verwirkung der Haftungsbeschränkung erst nach dem Eintritt der relativen Haftungsbeschränkung, so kann sich der Erbe nach § 2013 Abs. I Satz 2 auf die relative Haftungsbeschränkung berufen.[2]) Die nachher eintretende absolute Verwirkung der Haftungsbeschränkung hat also keine rückwirkende Kraft gegenüber der nach den §§ 1973 und 1974 bereits vorher erworbenen relativen Haftungsbeschränkung. Diese verbleibt dem Erben als ein unverlierbares Recht.

3. Erfolgt die relative Verwirkung der Haftungsbeschränkung wegen Verweigerung des im § 2006 behandelten Offenbarungseides auch gegenüber dem bereits ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger, der die Leistung des Offenbarungseides vom Erben verlangt hat? Mit anderen Worten: Wird die bereits erfolgte relative Haftungsbeschränkung durch den späteren Eintritt der relativen Verwirkung der Haftungsbeschränkung nach § 2006 II wieder verloren?

Die Frage dürfte zu verneinen sein.[3]) Allerdings zitiert § 2013 Abs. I Satz 2 den § 2006 nicht, und man könnte aus diesem formalen Grunde zur Bejahung der Frage gelangen.[4]) Es kann aber Jaeger und Nauenberg nicht zugegeben werden, „daß zwar der besondere, nicht aber ein allgemeiner Verwirkungsgrund dem Erben die Vorteile einer schon vollendeten

---

[1]) Staudinger, Bd. V, S. 254, II A; Jaeger, S. 17.

[2]) Staudinger, Bd. V, S. 253 II A; Planck, Bd. V, S. 200 e; Strohal, Bd. II, S. 326 Nr. 2; Bernhöft: Das bürgerliche Recht S. 237 in fine.

[3]) Strohal, Bd. II, S. 222, Anm. 33, S. 244; Windscheid-Kipp, Bd. III, S. 465.

[4]) Planck, Bd. V, S. 185 Nr. 2; Staudinger, Bd. V, S. 254 A; Jaeger, S. 18; Binder, Bd. II, S. 223, Anm. 68.

Ausschließung entzieht."[1]) Wenn die einmal herbeigeführte relative Haftungsbeschränkung durch den späteren Eintritt der absoluten Verwirkung der Haftungsbeschränkung gemäß § 2013 Abs. I Satz 2 nicht beeinträchtigt wird, dann wird in dem doch viel leichter liegenden Fall des Verstoßes gegen § 2006, der doch nur relative Verwirkung der Haftungsbeschränkung zur Folge hat, trotz des Wortlautes des § 2013, Abs. I Satz 2 per argumentum e maiore ad minus zu folgern sein, daß die einmal erworbene relative Haftungsbeschränkung ebensowenig wie durch neglegentia subsequens des § 1994 und dolus subsequens des § 2005, auch durch den viel leichter liegenden Fall des Verstoßes gegen § 2006 dem Erben nicht mehr verloren gehen kann.[2])

4. Durch die nur relative Verwirkung der Haftungsbeschränkung gegenüber einem einzelnen Nachlaßgläubiger wird die Herbeiführung der absoluten und relativen Haftungsbeschränkung nicht gehindert. Wenn also der Erbe nur einzelnen Nachlaßgläubigern unbeschränkt haftet, so kann sich der Erbe den andern Gläubigern gegenüber auf die Ausschlußwirkung der §§ 1973, 1974, 1989 berufen[3]) und ebenso durch Nachlaßseparation die absolut beschränkte Haftung herbeiführen.[4])

§ 3.

Das Aufgebot der Nachlaßgläubiger.

I. Die Gründe für das Aufgebotsverfahren.

1. Die ordnungsmäßige Inventarerrichtung führt weder die Beschränkung der Haftung des Erben auf den Nachlaß herbei, wie zuweilen behauptet wird,[5]) noch ist sie mangels Antrages eines Nachlaßgläubigers auf Inventarerrichtung eine notwendige Voraussetzung für die Ergreifung der die beschränkte Haftung herbeiführenden Maßnahmen.[6]) Vielmehr gewährt die Inventar-

[1]) Jaeger, S. 19; Nauenberg, S. 12—13.
[2]) Ebenso Windscheid-Kipp, Bd. III, S. 467 Nr. 5.
[3]) Strohal, Bd. II, S. 331 II.
[4]) Bernhöft, Erbrecht, S. 263.
[5]) So Böhm, S. 198, 206, 207 und bei Gruchot, Bd. 42, S. 461.
[6]) Planck, Bd. V, S. 167, 168; Jaeger, S. 2; Meyer, S. 19; Binder, Bd. II, S. 65, 222; Strohal, Bd. II, S. 209; Kretzschmar, S. 371; Matthiaß, S. 762.

errichtung neben dem Zweck „den Gläubigern eine Gewähr zu bieten, daß der Nachlaß, soweit erforderlich, in seinem vollen Bestande zu ihrer Befriedigung verwendet wird“,[1]) dem Erben außer Beweisvorteilen, nämlich der Beweisvermutung der Richtigkeit des Inventars nach § 2009 und den Beweismitteln für die Dürftigkeit des Nachlasses in den Fällen der §§ 1973 und 1990 auch noch den wichtigen materiellrechtlichen Vorteil, daß ihm dauernd das Recht zur Herbeiführung der beschränkten Haftung verbleibt.[2])

So wichtig nun auch die ordnungsmäßige und rechtzeitige Inventarerrichtung für den Erben ist, so sichert sie ihm doch nur den Beweis für die Nachlaßaktiven, für die Ermittelung der Nachlaßschulden versagt sie.[3]) Insofern ist also die Inventarerrichtung für den Erben von unzureichender Wirkung und bildet allein noch keine sichere Grundlage für seine Entschließung, ob er die beschränkte Haftung herbeiführen soll oder nicht.

2. Hat der Erbe im Vertrauen auf die aus dem Inventar sich ergebende Zulänglichkeit des Nachlasses diesen dementsprechend verwaltet, insbesondere Nachlaßschulden berichtigt, und tritt nachher doch Nachlaßseparation ein, so wird der Erbe nach Maßgabe der §§ 1978, 1979 den Nachlaßgläubigern für die bisherige Verwaltung des Nachlasses und für die Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten verantwortlich.[4]) Er wird ihnen ferner nach § 1980 schadensersatzpflichtig, wenn er infolge seiner auf Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis von der Überschuldung des Nachlasses es unterlassen hat, die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu beantragen, wobei nach § 1980 Abs. II es schon als Fahrlässigkeit gilt, „wenn der Erbe das Aufgebot der Nachlaßgläubiger nicht beantragt, obwohl er Grund hat, das Vorhandensein unbekannter Nachlaßverbindlichkeiten anzunehmen“. Mit der Möglichkeit späteren Auftauchens unbekannter Nachlaßgläubiger und des sich dann hieraus ergebenden Eintritts der Nachlaßseparation wird aber der Erbe fast immer rechnen müssen. „Die §§ 1978, 1979, 1980“ —

---

[1]) Bernhöft, Erbrecht, S. 244.
[2]) Eck, Bd. III, S. 30; Strohal, Bd. II, S. 209.
[3]) Endemann, Bd. III, S. 419; Engländer, S. 13—15.
[4]) Bernhöft, Erbrecht, S. 250.

sagt Hachenburg[1]) treffend, — „werden stets wie eine drohende Wetterwolke über dem Erben schweben. Auch wenn er sofort das Inventar errichtet, ist er vor diesem Risiko nicht geschützt... Den Schutz hiergegen gibt das Aufgebot. Seine Bedeutung liegt auf diesem Gebiet."

Das Aufgebot der Nachlaßgläubiger bezweckt also, die Passiven des Nachlasses festzustellen,[2]) dem Erben die drohende Verantwortlichkeit abzunehmen und ihm eine gesicherte Entscheidung über den Antrag auf Nachlaßseparation zu geben.[3]) Nur wenn die Kosten des Aufgebots im Verhältnis zum Nachlaßbestande unverhältnismäßig groß sind, ist das Aufgebot nach § 1980 Abs. II zur Abwendung der Verantwortlichkeit des Erben nicht erforderlich.

Aus den §§ 1978—1980, die dem Erben eine Verantwortlichkeit auferlegen, die er durch das rechtzeitige Aufgebot der Nachlaßgläubiger vermeiden kann, wird erst § 1970 verständlich, der das Aufgebot in das Belieben des Erben stellt.

II. Die Aufgebotsbeteiligten.

1. Von der Ausnahme abgesehen, wo das Aufgebot wegen des Mißverhältnisses zwischen Kosten des Verfahrens und Geringfügigkeit des Nachlaßbestandes nicht erforderlich ist, werden daher die Nachlaßgläubiger mit dem Aufgebot zum Zwecke der Ausschließung von Nachlaßgläubigern nach Maßgabe der §§ 989—1000 Z. P. O. rechnen müssen. Antragsberechtigt ist nach § 991 Z. P. O. jeder Erbe, sofern er für die Nachlaßverbindlichkeiten noch nicht unbeschränkt, d. h. im Sinne von § 2013 Abs. I Satz 1 absolut unbeschränkt haftet,[4]) weil das Aufgebot für einen bereits absolut unbeschränkt haftenden Erben keinen Zweck mehr haben würde,[5]) ferner ein Testamentsvollstrecker und ein Nachlaßpfleger, wenn ihnen die Verwaltung des Nachlasses zusteht.

---

[1]) S. 698.

[2]) Windscheid-Kipp, Bd. III, S. 466.

[3]) Matthiaß, S. 763; Planck, Bd. V, S. 104 Nr. 1; Staudinger, Bd. V, S. 145 Nr. 2; Nauenberg, S. 7; Bernhöft, das bürgerl. Recht, S. 238, § 269.

[4]) Planck, Bd. V, S. 200e; Staudinger, Bd. V, S. 148 Nr. 3b, 253 II; Dernburg, Bd. V, S. 475.

[5]) Bernhöft, Erbrecht, S. 246.

Nach § 993 Abs. I Z. P. O. soll das Aufgebot nicht erlassen werden, wenn die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragt ist, und nach Abs. II wird das Aufgebotsverfahren durch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beendigt. Das gleiche wird man annehmen müssen, wenn nach Erlaß des Aufgebots, aber noch vor Erlaß des Ausschlußurteils der Erbe sich die absolute Verwirkung des Rechts auf Haftungsbeschränkung hat zuschulden kommen lassen und das Gericht hiervon rechtzeitig Kenntnis erlangt. Ergeht in Unkenntnis der absolut unbeschränkten Haftung des Erben das Ausschlußurteil, so ist es unwirksam.[1]) Der gegenteiligen Ansicht,[2]) daß das Verfahren weiter gehe, wenn der Antrag nicht zurückgezogen werde, weil § 991 Abs. I Z. P. O. nur von der Antragsberechtigung zur Zeit der Stellung des Antrags handle, daß das Ausschlußurteil daher formell zu Recht bestehe, wenn ihm auch nach § 2013, Abs. I Satz 1 die materielle Wirkung fehle, kann nicht beigetreten werden. Allerdings muß zugegeben werden, daß die bekämpfte Ansicht sich scheinbar auf § 2013 Abs. I Satz 1 berufen kann, weil er wohl den § 1973, nicht aber den § 1970 zitiert. Ob dies, wie Dernburg[3]) meint, vielleicht auf einem Schreibfehler beruht, kann dahingestellt bleiben, jedenfalls ist er im Recht, wenn er sagt, daß es hierauf nicht ankomme, daß vielmehr § 991 Abs. I Z. P. O. maßgebend sei und daß die absolute Verwirkung der Haftungsbeschränkung während des Aufgebotsverfahrens, dieses folgerecht aufhebe. Es ist ein leerer Formalismus, wenn man[4]) dem bereits unbeschränkt haftenden Erben den Erlaß des Ausschlußurteils zwar zubilligt, die Wirkung hieraus aber mit Rücksicht auf § 2013 Abs. I, Satz 1 versagt. Welchen Zweck sollte ein solches Verfahren wohl haben?

Besondere Bestimmungen über das Antragsrecht enthält § 999 Z. P. O. für den Fall, daß eine Ehefrau Erbin ist und der Nachlaß zum eingebrachten Gut oder Gesamtgut gehört, sowie § 1000 Z. P. O. für den Fall, daß ein Erbschaftskäufer oder ein ihm gleichgestellter Erwerber das Aufgebot beantragt. Für die

---

[1]) Planck, Bd. V, S. 104; R. G. R. K., Bd. II, S. 440; Dernburg, Bd. V, S. 475 IIb und Anm. 4; Böhm, Erbrecht, S. 373; Engländer, S. 19.

[2]) Staudinger, Bd. V, S. 148 Nr. 3, vorletzter Absatz; Nauenberg, S. 11; Binder, Bd. II, S. 113; Windscheid-Kipp, Bd. III, S. 467.

[3]) Bd. V, S. 475, Anm. 4.

[4]) So Nauenberg, S. 11.

Form des Antrages, für das Aufgebot, für die Bekanntmachung desselben, für die Aufgebotsfrist, für die Zustellung des Aufgebots und für die Zuständigkeit des Gerichts sind maßgebend die §§ 947 ff. und 992—998 Z. P. O.

2. Nicht alle Nachlaßgläubiger werden vom Aufgebot betroffen und sind anmeldungspflichtig.

Nicht anmeldungspflichtig sind:

a) die im § 1971 einzeln aufgeführten Absonderungs- und Aussonderungsberechtigten insoweit, als es sich um ihr Recht auf Befriedigung aus den ihnen haftenden Nachlaßgegenständen bzw. um die Aussonderung derselben handelt, nicht aber in Ansehung ihres Ausfalls bei ihrer Befriedigung aus diesen Gegenständen. In Ansehung ihres Ausfalls unterliegen sie den Wirkungen des Aufgebotsverfahrens.[1]) Der Grund für die Befreiung von der Anmeldepflicht ist nach den Motiven[2]) darin zu finden, daß in Übereinstimmung mit dem preußischen Gesetz vom 28. März 1879 betreffend die Zwangsvollstreckung gegen Benefizialerben und das Aufgebot der Nachlaßgläubiger, an welches sich das Aufgebotsverfahren der Z. P. O. anlehnt, das Aufgebotsverfahren nur das rein obligatorische Gläubigerrecht treffen, dagegen bestehende dingliche Rechte weder beseitigen soll, noch kann und daß aus letzterem Grunde die Befreiung von der Anmeldepflicht auch auf alle Aussonderungsansprüche auszudehnen ist.

b) Die im § 1972 aufgeführten Pflichtteilsrechte, Vermächtnisse und Auflagen, jedoch unbeschadet der Vorschrift des § 2060 Nr. 1, wonach bei einer Mehrheit von Erben nach der Teilung des Nachlasses jeder Miterbe den im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern nur für den seinem Erbteil entsprechenden Teil einer Nachlaßverbindlichkeit, also statt solidarisch nach § 2058 nur pro rata risch nach § 2060 Nr. 1 haftet. Die Befreiung der im § 1972 genannten Forderungen von der Anmeldepflicht beruht auf Beschlüssen der zweiten Kommission.[3]) Bestimmend war die Erwägung, daß der Erbe vom Bestehen dieser Forderungen ja gewöhnlich durch die Verkündigung der Verfügung von Todes wegen Kenntnis erhalte.

---

[1]) Matthiaß, S. 763 II A; Dernburg, Bd. V, S. 476, Anm. 9; Nauenberg, S. 16, 17.

[2]) Bd. V, S. 648.

[3]) Protokolle, Bd. V, S. 774.

Diese Begründung ist aber, wie Nauenberg[1]) richtig hervorhebt, deshalb nicht zutreffend, weil ja auch, wie noch gezeigt werden wird, auch die dem Erben bekannten Forderungen anmeldungspflichtig sind. Vielmehr wird man als Grund für die Befreiung dieser Forderungen von der Anmeldepflicht teils die von Eck[2]) betonte Pietätsrücksicht auf den Willen des Erblassers, teils den Umstand ansprechen müssen, daß, wie auch die Protokolle[3]) zugeben, die im § 1972 bezeichneten Forderungen den Berechtigten nicht selten erst nach dem Ablaufe der Anmeldefrist bekannt werden. Das dürfte auch der eigentliche Grund der Ausnahmebestimmung des § 1972 sein.[4]) Auch muß der Möglichkeit Rechnung getragen werden, daß eine letztwillige Verfügung erst geraume Zeit nach Erlaß des Ausschlußurteils zum Vorschein kommt.[5])

c) Vom Aufgebot werden ferner nicht betroffen Nachlaßgläubiger, denen der Erbe bereits relativ unbeschränkt haftet, § 2013 Abs. I Satz 1.[6]) Bei absolut unbeschränkter Haftung nach Erlaß des Aufgebots, aber noch vor Erlaß des Ausschlußurteils ist der Erlaß des letzteren, wie bereits ausgeführt, nicht mehr möglich, das Aufgebotsverfahren erreicht dann sein vorzeitiges Ende.[7])

d) Aus der Natur der Sache folgt, daß nicht anmeldungspflichtig sind Nachlaßverbindlichkeiten, die deshalb nicht angemeldet werden konnten, weil sie erst nach Beendigung des Aufgebotsverfahrens entstanden sind.[8]) Auch die Nachlaßverbindlichkeiten wird man ausnehmen müssen, die erst ganz kurz vor dem Erlaß des Ausschlußurteils entstanden sind, so daß sie der Gläubiger nicht mehr rechtzeitig anmelden konnte.[9])

---

[1]) S. 18.

[2]) Bd. III, S. 34.

[3]) Protokolle, Bd. V., S. 774.

[4]) Binder, Bd. II, S. 114, 115, Anm. 16; Strohal, Bd. II, S. 235.

[5]) Staudinger, Bd. V, S. 151 Nr. 1 zu § 1972.

[6]) Binder, Bd. II, S. 115; Strohal, Bd. II, S. 235; Staudinger, Bd. V, S. 149 Nr. 4b; Denkschrift, S. 270.

[7]) Planck, Bd. V, S. 104; R. G. R. K., Bd. II, S. 440; Dernburg, Bd. V, S. 475 IIb und Anm. 4.

[8]) Weißler, S. 272; Strohal, Bd. II, S. 235; Binder, Bd. II, S. 115.

[9]) Planck, Bd. V, S. 106c; Staudinger, Bd. V, S. 149 Nr. 4, letzter Abs.; Nauenberg, S. 19c.

e) Ob die dem Erben gegen den Nachlaß zustehenden Forderungen der Anmeldung bedürfen, ist bestritten. Eine Ansicht[1]) verneint die Frage mit der unzutreffenden Begründung, daß dem Erben seine Forderungen ja bekannt sind, die andere Meinung[2]) bejaht sie mit Rücksicht auf die Gläubigereigenschaft des Erben, die durch seine gleichzeitige Erbenqualität nicht beeinflußt werde. „Allein es ist" — sagt Strohal[3]) mit Recht — „in sich widerspruchsvoll, wenn dem das Aufgebot beantragenden Erben eine Anmeldungspflicht auferlegt wird, bei deren Außerachtlassung ihm gegen sich selbst die Einrede des § 1973 erwachsen soll." Eine ausnahmslose Anmeldungspflicht des Erben steht auch mit dem Haftungsprinzip des § 1973, Abs. I Satz 1 in Widerspruch.[4]) Denn der Erbe hat einen Überschuß nur nach den Bereicherungsgrundsätzen herauszugeben. Nach richtiger Ansicht wird man die Frage weder ausnahmslos bejahen, noch ausnahmslos verneinen können, sondern man wird unterscheiden müssen. Die dem Erben gegen den Nachlaß zustehenden Forderungen sind nur dann anmeldungspflichtig, wenn das Aufgebotsverfahren vom Nachlaßverwalter oder vom verwaltenden Testamentsvollstrecker beantragt ist und wenn außerdem die Nachlaßverwaltung oder Testamentsvollstreckung zur Zeit des Ausschlußurteils noch besteht.[5]) Es würde sonst der Zweck des Verfahrens, nämlich die Klarstellung des Schuldenstandes des Nachlasses nicht erreicht werden.[6]) Hat dagegen der Erbe das Aufgebot selbst beantragt, dann braucht er seine eigenen Ansprüche gegen den Nachlaß nicht anzumelden.[7])

f) Nicht anmeldungspflichtig soll die dem Erben gegen den Nachlaß zustehende Forderung sein, die er in dem von ihm noch vor Erlaß des Ausschlußurteils errichteten Inventar angegeben hat.[8]) Durch die Aufnahme seiner Forderung in das

---

[1]) So Motive, Bd. V, S. 647, 648; Böhm bei Gruchot, Bd. 42, S. 684.

[2]) Wilke, S. 40.

[3]) Bd. II, S. 236, Anm. 10.

[4]) Staudinger, Bd. V, S. 149 Nr. 4.

[5]) Planck, Bd. V, S. 105, 106; Staudinger, Bd. V, S. 149 Nr. 4; R. G. R. K., Bd. II, S. 439 Nr. 1 zu § 1970; Strohal, Bd. II, S. 236 Nr. 7; Binder, Bd. II, S. 115 Nr. 4; Nauenberg, S. 20.

[6]) Weißler, S. 272.

[7]) R. G. R. K., Bd. II, S. 439 Nr. 1 zu § 1970.

[8]) Strohal, Bd. II, S. 236, Anm. 12.

Inventar gibt der Erbe aber nur zu erkennen, daß er die Forderung auch geltend macht, und es ist kein übertriebener Formalismus, vom Erben auch noch die ausdrückliche Anmeldung derselben zu verlangen. Denn auch Forderungen, die dem das Aufgebot beantragenden Nachlaßverwalter oder verwaltenden Testamentsvollstrecker bekannt sind, unterliegen, wie wir noch sehen werden, der Anmeldungspflicht.

g) Aus dem gleichen Grunde müssen wir die Meinung von Strohal[1]) als unzutreffend bezeichnen, daß der Erbe solche Forderungen nicht anzumelden braucht, die er während des schwebenden Aufgebots aus Rechtsgeschäften mit dem Nachlaßverwalter oder verwaltenden Testamentsvollstrecker erworben hat oder die ihm gegen diese Personen noch vor Erlassung des Ausschlußurteils rechtskräftig zugesprochen sind. Die von Strohal[2]) gegebene Begründung, „daß hinsichtlich dieser Ansprüche alles, was im Wege des Aufgebotsverfahrens im besten Falle ermittelt werden könnte, ohnedies schon in vollkommenster Weise feststeht", ist nicht beweiskräftig. Es kommt nicht auf die Kenntnis vom Bestehen der Forderung, sondern auf die Anmeldung derselben an, wodurch der Nachlaßgläubiger zu erkennen gibt, daß er seine Forderung auch ohne jede Einschränkung geltend macht. Planck[3]) bemerkt denn auch zu den Ausführungen von Strohal skeptisch: „Der Mangel einer dieser Behauptung entsprechenden gesetzlichen Bestimmung läßt es jedoch als zweifelhaft erscheinen, ob sich die Praxis zur Anerkennung der bezeichneten Auffassung entschließen wird."

3. Alle übrigen Nachlaßgläubiger, soweit auf sie nicht die soeben unter 2a—e erörterten Ausnahmefälle zutreffen, sind anmeldepflichtig und werden von der Wirkung des Aufgebots betroffen. Schwebt das Aufgebotsverfahren, so müssen sie ihre Forderungen nach Maßgabe der §§ 990, 996 Z. P. O. beim Nachlaßgericht anmelden. Sie dürfen die Anmeldung nicht einmal unterlassen, wenn ihre Forderungen dem Erben bekannt, wenn sie im Inventar verzeichnet, rechtshängig oder rechtskräftig festgestellt, wenn sie noch nicht fällig oder bedingt

---

[1]) Bd. II, S. 235, Anm. 8 und 9.

[2]) Bd. II, S. 235, Anm. 9.

[3]) Bd. V, S. 107 Nr. 4.

sind.[1]) Denn das Aufgebot des § 995 Z. P. O. ergeht an alle Nachlaßgläubiger, an die bekannten und unbekannten, damit der Erbe erfährt, wer von den Nachlaßgläubigern Befriedigung verlangt und damit er sich darüber schlüssig machen kann, ob er beschränkt oder unbeschränkt haften will.[2]) Unterlassen die anmeldungspflichtigen Nachlaßgläubiger die rechtzeitige Anmeldung ihrer Forderungen bis zum Erlaß des Ausschlußurteils, so trifft sie der im Aufgebot nach § 995 Z. P. O. angedrohte Rechtsnachteil, „daß sie unbeschadet des Rechts, vor den Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen berücksichtigt zu werden, von dem Erben nur insoweit Befriedigung verlangen können, als sich nach Befriedigung der nichtausgeschlossenen Gläubiger noch ein Überschuß ergibt."

Dieser nach § 995 Z. P. O. den ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger treffende Rechtsnachteil entspricht der dem Erben nach § 1973 Abs. I zustehenden Befugnis, nämlich der materiellrechtlichen Einrede,[3]) auf Grund deren er „die Befriedigung eines im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubigers insoweit verweigern kann, als der Nachlaß durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft wird". Der Erbe hat also gegenüber dem im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger eine „Verweigerungseinrede", die sich nicht gegen den Bestand, sondern nur gegen die Durchsetzung der ausgeschlossenen Forderung richtet,[4]) oder eine „Ausschlußeinrede", die kein Erlöschen der ausgeschlossenen Forderung, sondern nur eine Haftungsbeschränkung des Erben zur Folge hat.[5]) Es tritt nur eine Rangverschiebung zugunsten der nicht ausgeschlossenen Gläubiger ein.[6]) Denn trotz Aus-

---

[1]) Planck, Bd. V, S. 105 Nr. 4; Staudinger, Bd. V, S. 149 Nr. 4; R. G. R. K., Bd. II, S. 439 Nr. 1; Motive, Bd. V, S. 647; Hachenburg, S. 692; Weißler, S. 272; Strohal, Bd. II, S. 82; Binder, Bd. II, S. 114; Dernburg, Bd. V, S. 475, Anm. 6; Kretzschmar, S. 242; Nauenberg, S. 14, 15; Engländer, S. 19, 20.

[2]) Eck, Bd. III, S. 136; Jäger, S. 10.

[3]) Dernburg, Bd. V, S. 478; Kretzschmar, S. 240.

[4]) R. G. R. K., Bd. II, S. 441 Nr. 2.

[5]) Planck, Bd. V, S. 109 Nr. 2; ebenso Dernburg, Bd. V, S. 476 VI; Bernhöft, Das bürgerliche Recht, S. 238 § 269; Bernhöft, Erbrecht, S. 246; Engländer, S. 46, 47.

[6]) Binder, Bd. II, S. 115; Kretzschmar in Bl. f. Rechtsanwendung, S. 683 Nr. 3.

schließung seiner Forderung im Aufgebotsverfahren kann der Gläubiger mit seiner Forderung aufrechnen und den Einwand des nicht erfüllten Vertrages auf sie stützen.[1])

III. Die Wirkungen des Ausschlußurteils.

1. Ist das Ausschlußurteil erlassen, so kann nach § 1973 Abs. I „der Erbe die Befriedigung eines im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlaß durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft wird. Der Erbe hat jedoch den ausgeschlossenen Gläubiger vor den Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen zu befriedigen, es sei denn, daß der Gläubiger seine Forderung erst nach der Berichtigung dieser Verbindlichkeiten geltend macht".

Und § 1973 Abs. II Satz 1 bestimmt weiter: „Einen Überschuß hat der Erbe zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben." Die angeführten Bestimmungen bringen das Prinzip der Haftung des Erben cum viribus hereditatis und die Art der Geltendmachung der beschränkten Haftung durch den Erben zum Ausdruck mittels materiellrechtlicher Einrede,[2]) der sogen. „Ausschlußeinrede"[3]) oder „Verweigerungseinrede".[4])

2. Der § 1973 Abs. II sagt weiter in seinem Satz 2: „Er (d. h. der Erbe) kann die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlaßgegenstände durch Zahlung des Wertes abwenden." Hierdurch wird dem Erben das sogenannte „Abfindungsrecht"[5]) oder „Einlösungsrecht"[6]) gegeben.

3. Im Abs. II Satz 3 endlich, welcher lautet: „Die rechtskräftige Verurteilung des Erben zur Befriedigung eines ausgeschlossenen Gläubigers wirkt einem anderen Gläubiger gegenüber wie die Befriedigung", läßt § 1973 die Befriedigung der

---

[1]) Staudinger, Bd. V, S. 161; Matthiaß, S. 763.
[2]) Dernburg, Bd. V, S. 478; Staudinger, Bd. V, S. 154d.
[3]) Planck, Bd. V, S. 109 Nr. 2.
[4]) R. G. R. K., Bd. II, S. 441 Nr. 2.
[5]) Kretzschmar, S. 364.
[6]) Planck, Bd. V, S. 113.

ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger nach einem eigenartigen „Präventionsprinzip“[1]) zu.

Der § 1973 ist die Grundlage für die Haftung des Erben gegenüber den im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen und den ihnen gleichstehenden Nachlaßgläubigern. Mit seinen eben erwähnten drei Wirkungen werden wir uns im Folgenden beschäftigen.

§ 4.

Die Einrede der beschränkten Haftung aus § 1973.

A. Die Feststellung des Nachlaßüberschusses.

Das Recht des Erben, nach Maßgabe des § 1973 Abs. I Satz 1 die Befriedigung eines ausgeschlossenen Gläubigers insoweit verweigern zu dürfen, als der Nachlaß durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft wird, hat, wenn es ausgeübt wird, nach § 1973 Abs. II Satz 1 die Verpflichtung des Erben zur Folge, einen Nachlaßüberschuß nach den Bereicherungsgrundsätzen „herauszugeben“. Von einem Überschuß kann natürlich nur die Rede sein, wenn der Wert der Nachlaßaktiven den der Nachlaßpassiven übersteigt.

1. In den Aktivbestand müssen auch die zum Nachlaß gehörenden Rechte gegen den Erben aufgenommen werden, die infolge Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit in der Person des Erben kraft des Erbfalls erloschen sind.[2]) Andernfalls wäre ja der Erbe auf Kosten der ausgeschlossenen Gläubiger ohne rechtlichen Grund um den Betrag seiner erloschenen Verbindlichkeiten bereichert.[3])

2. Zum Passivbestand müssen folgende Positionen gerechnet werden:

a) Die dem Erben gegen den Nachlaß zustehenden Rechte, die infolge Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit in seiner Person erloschen sind. Denn sonst wären umgekehrt wie im

---

[1]) Staudinger, Bd. V, S. 160e; Jaeger, S. 11; Hachenburg, S. 685; Dernburg, Bd. V, S. 479, Anm. 20.

[2]) Enneccerus-Lehmann, Bd. II, S. 696; Mayer-Reis, S. 231, Anm. 6.

[3]) Planck, Bd. V, S. 110 Nr. 3a; Staudinger, Bd. V, S. 157b; R. G. R. K., Bd. II, S. 442 N. 8; Strohal, Bd. II, S. 237 und Anm. 13 und 14 ibid.; Binder, Bd. II, S. 116, Anm. 25; Weißler, S. 340; Dernburg, Bd. V, S. 479 VIII.

vorigen Fall die ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger auf seine Kosten ohne rechtlichen Grund bereichert. Daß für die Berechnung der Aktiven und Passiven des Nachlasses die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse im Verhältnisse zwischen den Gläubigern und dem Erben als nicht erloschen gelten sollen, diese in § 1991 Abs. II für den Fall des ärmlichen Nachlasses und der sich auf ihn gründenden Einrede der Unzulänglichkeit desselben ausdrücklich ausgesprochene Fiktion erwähnt das Gesetz im Falle der Anwendung des § 1973 freilich nicht. Sie wird aber in ihrer Wirkung durch die ausdrückliche Bezugnahme auf die Bereicherungsgrundsätze ersetzt und deshalb überflüssig.[1]) Das Aufgebot der Nachlaßgläubiger hat also ebenso, wie die amtliche Nachlaßseparation eine Absonderung des Nachlasses vom Erbenvermögen zur Folge.[2])

b) Die Forderungen der nicht ausgeschlossenen und der nicht anmeldepflichtigen Nachlaßgläubiger der §§ 1971 und 1972. Jedoch gilt zu Ungunsten der in § 1972 genannten nur obligatorisch berechtigten Nachlaßgläubiger eine Besonderheit gemäß § 1973 Abs. 1 Satz 2.

Hiernach darf der Erbe, sobald ein ausgeschlossener Nachlaßgläubiger seine Forderung gerichtlich oder außergerichtlich[3]) geltend macht, vor ihm Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen nicht befriedigen. Tut er es doch, so macht er sich für den etwaigen Ausfall den ausgeschlossenen und natürlich den nicht ausgeschlossenen Gläubigern verantwortlich.[4]) Diese Ausnahme vom Prinzip des § 1973 Abs. I rechtfertigt sich einmal durch die der Billigkeit entsprechende Erwägung, daß die Pflichtteilsberechtigten, Vermächtnisnehmer und Auflageberechtigten nur dann Befriedigung aus dem Nachlaß verlangen können, wenn nach Befriedigung der Gläubiger des Erblassers und der übrigen

[1]) Planck, Bd. V, S. 110 Nr. 3a; Staudinger, Bd. V, S. 157b; Strohal, Bd. II, S. 237, § 75 Nr. III 2; Binder, Bd. II, S. 116 Nr. 25; Weißler, S. 340; Dernburg, Bd. V, S. 479 VIII; Nauenberg, S. 43; Eneccerus-Lehmann, Bd. II, S. 696.

[2]) Kretzschmar in Bl. f. Rechtsanwendung, S. 685 Nr. 2.

[3]) Engländer, S. 51.

[4]) Planck, Bd. V, S. 111 β; Staudinger, Bd. V, S. 154c; R. G. R. K., Bd. II, S. 441 Nr. 1 und S. 442 Nr. 5.

Nachlaßgläubiger vom Nachlaß noch etwas übrig bleibt.[1]) Die Ausnahme steht sodann im Einklang mit der rechtlichen Behandlung, welche diesen Gläubigern in den §§ 222, 226 Abs. IV K. O. und in § 3a des Anfechtungsgesetzes zuteil wird, wonach die an sie erfolgte Leistung wie eine unentgeltliche Verfügung des Erben anfechtbar ist. Aus der vom § 1973 Abs. I Satz 2 gebrauchten Wendung „es sei denn, daß" folgt, daß der Erbe dafür beweispflichtig ist, daß der ausgeschlossene Nachlaßgläubiger seine Forderung erst nach Berichtigung der Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen geltend macht.[2]) Nur die Erfüllung dieser Verbindlichkeiten aus Nachlaßmitteln nach vorheriger gerichtlicher oder außergerichtlicher Geltendmachung einer ausgeschlossenen Forderung, nicht aber schon die nach bloßer Kenntnis des Erben vom Bestehen der ausgeschlossenen Forderung an die betreffenden Gläubiger erfolgende Leistung macht den Erben dem ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger für einen etwaigen Ausfall persönlich haftbar.[3]) Hat der Erbe die Pflichtteilsberechtigten, Vermächtnisnehmer und Auflageberechtigten noch vor der Geltendmachung der ausgeschlossenen Forderungen aus dem Nachlaß befriedigt, so ist er den ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern für den etwaigen Ausfall, den sie hierdurch erleiden, zwar persönlich nicht verantwortlich. Die ausgeschlossenen benachteiligten Gläubiger können aber die den Gläubigern des § 1972 vom Erben aus Nachlaßmitteln gewährte Befriedigung im Falle des nachher eröffneten Nachlaßkonkurses nach § 222 K. O. und außerhalb des Konkurses nach § 3a des Anfechtungsgesetzes anfechten.[4])

Befriedigt der Erbe die nicht ausgeschlossenen und die nicht anmeldungspflichtigen aussonderungs- und absonderungsberechtigten Gläubiger des § 1971, sowie unter Beobachtung der eben erörterten Vorschrift des § 1973 Abs. I Satz 2 die im § 1972 genannten Nachlaßgläubiger aus dem Nachlaß, so mindert sich der Aktivbestand desselben um den Betrag der

---

[1]) Bericht der Reichstagskommission, S. 312.

[2]) Staudinger, Bd. V, S. 154c.

[3]) Planck, Bd. V, S. 111 β; Staudinger, Bd. V, S. 154c; R.G.R.K., Bd. II, S. 442 Nr. 5.

[4]) Planck, Bd. V, S. 111 β; R. G. R. K., Bd. II, S. 442; Dernburg, Bd. V, S. 479 VII und Anm. 22 ibid.

erfolgten Leistung. Der Leistung steht die Forderung des nicht ausgeschlossenen und des nicht anmeldungspflichtigen Gläubigers des § 1971, in Ansehung der Gläubiger des § 1972 aber nur die rechtskräftig festgestellte Forderung desselben nach § 1973 Abs. II Satz 3 gleich.[1]) Erfolgt die Leistung aus dem eigenen Vermögen des Erben, so erlangt er nach Maßgabe des § 1978 Abs. III einen Ersatzanspruch gegen den Nachlaß, und sein Aktivbestand verringert sich wieder um den entsprechenden Betrag.[2])

c) Den Nachlaßpassiven hinzuzurechnen ist ferner der Betrag der vom Erben auf den Nachlaß gemachten Aufwendungen. Ob indessen alle Aufwendungen abzugsfähig sind, das richtet sich nach dem Maße der Verantwortlichkeit des Erben für die Behandlung des Nachlasses gegenüber den ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern, wovon wir jetzt sprechen wollen.

3. a) Die Haftung des Erben für seine Verwaltung des Nachlasses gegenüber den ausgeschlossenen Gläubigern, die ja ihre ungünstige Lage selbst verschuldet haben,[3]) richtet sich nicht nach den für die Fälle der Nachlaßseparation sonst geltenden strengen Vorschriften der §§ 1978—1980, sondern gemäß § 1973 Abs. II Satz 1 nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung.[4])

Hieraus folgt, daß der Erbe verschieden haftet, je nach der Zeit vor oder nach der Rechtshängigkeit der ausgeschlossenen Forderung, bzw. der Kenntnis des Erben vom Bestehen der Forderung.

b) Für die Zeit bis zur Rechtshängigkeit oder Kenntnis vom Bestehen der ausgeschlossenen Forderung tritt für die Haftung des Erben wegen der Behandlung des Nachlasses gegenüber dem ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger teils eine Erweiterung, teils eine Verringerung der Haftung ein.

α) Die Haftung des Erben wird insofern erweitert, als sie sich nicht nur auf den zur Zeit das Erbfalls vorhandenen Nach-

---

[1]) Planck, Bd. V, S. 111 β; R. G. R. K., Bd. II, S. 441 Nr. 1; Binder, Bd. II, S. 116; Dernburg, Bd. V, S. 479 VIII.

[2]) R. G. R. K., Bd. II, S. 441 Nr. 1; Weißler, S. 340, 341.

[3]) Dernburg, Bd. V, S. 479, 480; Planck, Bd. V, S. 116d.

[4]) Protokolle, Bd. V, S. 781; Planck, Bd. V, S. 111; Staudinger, Bd. V, S. 158; Weißler, S. 340; Hachenburg, S. 695; Strohal, Bd. II, S. 239; Matthiaß, S. 764 Nr. 3; Dernburg, Bd. V, S. 479, 480; Nauenberg, S. 44.

laßbestand, sondern auch nach § 818 Abs. I auf die gezogenen Nutzungen und Surrogate und nach § 818 Abs. II auf den Wertersatz erstreckt.[1])

β) Umgekehrt verringert sich die Haftung des Erben nach § 818 Abs. III, wonach seine Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatze des Wertes ausgeschlossen ist, soweit er nicht mehr bereichert ist. Sind also die Nachlaßgegenstände untergegangen, verschlechtert oder hat der Erbe sie verbraucht, ohne daß sein Vermögen entsprechende Gegenwerte aufweist, so hat er hierfür auch nicht aufzukommen.[2]) Wegen nicht gezogener Nutzungen ist der Erbe für die in Frage stehende Zeit dem ausgeschlossenen Gläubiger ebensowenig verantwortlich, wie für Schenkung und unentgeltliche Überlassung von Nachlaßgegenständen an dritte, es sei denn, daß er hierdurch Aufwendungen erspart hat, die er sonst aus seinem eigenen Vermögen hätte machen müssen.[3])

γ) Auch der Betrag der Aufwendungen, die der Erbe auf den Nachlaß gemacht hat, ist voll abzugsfähig und den Nachlaßpassiven hinzuzurechnen. Ob die Aufwendungen notwendige, nützliche oder überflüssige waren, darauf kommt es nicht an.[4])

c) Für die Zeit nach der Rechtshängigkeit oder Kenntnis vom Bestehen der ausgeschlossenen Forderung tritt eine den strengen Vorschriften der §§ 1978—1980 sich nähernde Verschärfung der Haftung des Erben ein. Denn nach §§ 818 Abs. IV, 819 Abs. I haftet der Erbe von den beiden Zeitpunkten ab nach den allgemeinen Vorschriften. Der Erbe hat daher nach Maßgabe der §§ 292, 987, 989 für die Nachlaßbehandlung eine erhöhte Diligenzpflicht zu vertreten und auf Geldzahlung gerichtete Nachlaßschulden nach Maßgabe des § 291 zu verzinsen. Ersatz für Aufwendungen, die er auf den Nachlaß gemacht hat, kann er nur nach Maßgabe des § 994, also Ersatz wegen anderer, als notwendiger Aufwendungen nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen.[5])

---

[1]) R. G. R. K., Bd. II, S. 442 Nr. 8; Dernburg, Bd. V, S. 480 Nr. 1 und 2.

[2]) R. G. R. K., Bd. II, S. 442 Nr. 8; Dernburg, Bd. V, S. 480.

[3]) Planck, Bd. V, S. 112.

[4]) Planck, Bd. V, S. 112; Staudinger, Bd. V, S. 158; Engländer, S. 52.

[5]) Planck, Bd. V, S. 111; R. G. R. K., Bd. II, S. 442 Nr. 8; Binder, Bd. II, S. 117.

4. Seinen Anspruch auf Ersatz der von ihm auf den Nachlaß gemachten Aufwendungen kann der Erbe auf verschiedene Weise verwirklichen.

a) Enthält der Nachlaß liquide Geldmittel in genügender Menge, so kann sich der Erbe aus ihnen in Höhe des Geldwertes seiner Aufwendungen vorweg befriedigen und die ausgeschlossenen Gläubiger auf die übrigen Nachlaßwerte verweisen.[1]) Denn nur den Nachlaßüberschuß hat er gemäß § 1973 Abs. II Satz 1 „herauszugeben". Als nicht ausgeschlossener Nachlaßgläubiger in Ansehung seines Ersatzanspruchs wegen Verwendungen hat der Erbe ein Recht auf Befriedigung aus dem Nachlaß vor den ausgeschlossenen Gläubigern. Ein Nachlaßüberschuß ergibt sich für sie daher erst nach Befriedigung des Erben aus dem Nachlaß.

b) Besteht der Nachlaß in anderen Nachlaßgegenständen, als Geld, so kann sich der Erbe aus denselben Gründen vor den ausgeschlossenen Gläubigern wegen der von ihm auf den Nachlaß gemachten Aufwendungen in der Weise bezahlt machen, daß er vom Abfindungsrecht des § 1973 Abs. II Satz 2 Gebrauch macht und einen, eventuell mehrere Nachlaßgegenstände zum Schätzungswerte in Anrechnung auf seine Forderung übernimmt und falls der Schätzungswert den Betrag seiner Forderung übersteigt, nur die Differenz an den Nachlaß zurückgibt.[2])

Dieser Weg ist aber für den Erben nicht ganz unbedenklich. Denn einmal steht der Schätzungswert der einzelnen Nachlaßgegenstände keineswegs immer fest, und er müßte, falls der Erbe und die ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger sich über seine Höhe nicht in Güte einigen können, erst im Prozeßwege festgestellt werden. Sodann ist für den Erben im Falle der Einigung über den Schätzungswert die Gefahr nahegerückt, von anderen ausgeschlossenen Gläubigern, die mit ihren Forderungen ganz oder teilweise ausfallen, wegen ihres Ausfalls persönlich belangt zu werden, indem sie geltend machen, der Schätzungswert, um den der Erbe die fraglichen Nachlaßgegenstände übernommen habe, sei viel niedriger, als der wahre Wert, der Nachlaß sei also noch gar nicht erschöpft. Es fehlt

---

[1]) Planck, Bd. V, S. 115α.

[2]) Planck, Bd. V, S. 115α; Staudinger, Bd. V, S. 159c; R. G. R. K., Bd. II, S. 442 Nr. 8; Strohal, Bd. II, S. 247 und Note 39 ibid,, Note 40, S. 247, 248; Nauenberg, S. 60.

somit im Falle der Einigung über den Schätzungswert zwischen dem Erben und dem betreffenden Nachlaßgläubiger die auch für alle übrigen ausgeschlossenen Gläubiger rechtsverbindliche Feststellung des Wertes.[1])

c) Deshalb verfährt der Erbe am sichersten, wenn er aus dem Erlös der Nachlaßgegenstände, aus denen der ausgeschlossene Nachlaßgläubiger nach Maßgabe des § 1973 Abs. II Satz 1 zum Zwecke seiner Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung sich bezahlt machen will, seine vorzugsweise Befriedigung verlangt und den betreibenden Gläubiger auf den Rest des Erlöses aus der Zwangsvollstreckung verweist.[2]) Auf diese Weise wird entsprechend dem Sinn des § 1973 Abs. II Satz 1 der Wert der Nachlaßgegenstände in einer für alle Beteiligten verbindlichen Weise festgestellt, der Erbe als nicht ausgeschlossener Nachlaßgläubiger wegen seines Anspruchs auf Ersatz seiner auf den Nachlaß gemachten Verwendungen vor den ausgeschlossenen Gläubigern befriedigt und vor allem von der Gefahr befreit, andern ausgeschlossenen Gläubigern für ihren etwaigen Ausfall mit seinem eigenen Vermögen haftbar zu werden.[3])

d) Es bleibt noch die Beantwortung der schwierigen Frage übrig, ob der Erbe seinen Anspruch auf Ersatz der von ihm auf den Nachlaß gemachten Aufwendungen noch auf einem vierten Wege durchsetzen kann, nämlich nach Maßgabe des § 273 Abs. II durch Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts an Nachlaßsachen gegenüber einem ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger, welcher im Wege der Zwangsvollstreckung nach § 1973 Abs. II Satz 1 aus dem Nachlaßüberschuß Befriedigung sucht. Die Frage wird von der herrschenden Meinung grundsätzlich verneint,[4]) von den Vertretern der gegenteiligen

---

[1]) Jäger, S. 7.

[2]) Protokolle, Bd. V, S. 773; Planck, Bd. V, S. 115α; Staudinger, Bd. V, S. 159c; R. G. R. K., Bd. II, S. 442 Nr. 8; Hachenburg, S. 695; Strohal, Bd. II, S. 247 und Note 39 ibid., Note 40, S. 247, 248; Kretzschmar, S. 783; Nauenberg, S. 60.

[3]) Jäger, S. 7.

[4]) Protokolle, Bd. V, S. 773; Hagen, S. 162; Staudinger, Bd. V, S. 159c; R. G. R. K., Bd. II, S. 443 Nr. 8; Hachenburg, S. 695; Strohal, Bd. II, S. 247 und Anm. 39, S. 247—248, Anm. 40 ibid.; Nauenberg, S. 60 bis 62; Engländer, S. 71, 72; Kretzschmar, S. 783.

Ansicht grundsätzlich bejaht[1]) und von einer dritten Ansicht,[2]) der wir zustimmen, in der Regel verneint, ausnahmsweise aber in dem Falle bejaht, daß nach Abzug des dem Erben wegen Verwendungen vorweg zu ersetzenden Betrages vom Erlöse der vom ausgeschlossenen Gläubiger zwecks seiner Befriedigung in den Nachlaßrest zu betreibenden Zwangsvollstreckung für den betreibenden Gläubiger ein Überschuß sich wahrscheinlich nicht ergeben würde.

Die Erörterung der Frage beginnt am zweckmäßigsten mit der Prüfung der Gründe, die für das Zurückbehaltungsrecht des Erben geltend gemacht werden.

α) Binder[3]) verteidigt das Zurückbehaltungsrecht damit, daß er ausführt: „Es handelt sich bei den Aufwendungen nicht nur um eine Verminderung der Bereicherung des Erben, sondern teilweise um Ansprüche, die wegen der selbständigen Schuldenhaftung des Nachlasses als dem Erben gegen den Nachlaß zustehend angenommen werden müssen, und als nicht ausgeschlossener Gläubiger kann er sich natürlich vorweg befriedigen. Außerdem führt auch die rechtliche Natur des Herausgabeanspruchs (Bereicherung) dazu, dem Erben das Zurückbehaltungsrecht zu gewähren."

Daß die Bereicherung des Erben aus dem Nachlaß sich um den Betrag seiner Aufwendungen mindert, ist richtig, ebenso, daß ihm der Nachlaß hierfür haftet. Hieraus läßt sich aber nur schließen, daß der Erbe vor den ausgeschlossenen Gläubigern aus dem Nachlaß wegen seiner Verwendungen befriedigt werden muß, nicht aber, daß dies im Wege des Zurückbehaltungsrechts zu geschehen hat. Was ferner die rechtliche Natur des Herausgabeanspruchs anbelangt, die von Binder als Stütze

---

[1]) Planck, Bd. V, 1. und 2. Auflage, 1902, S. 79; Planck selber in seinem Kommentar, Bd. V, 3. Auflage, 1908, S. 115, 116α, als Herausgeber in Gegensatz zu Strohal als Bearbeiter des Bandes V; Weißler, S. 343; Binder, Bd. II, S. 127; Cosack, Bd. II, S. 782, I,2, letzter Abs. i. V. mit Seite 774 Nr. 1; Dernburg, Bd. V, S. 480, Anm. 23 der, allerdings ohne jede Begründung, falls es sich nicht um Geld, sondern um andere Nachlaßwerte handelt, dem Erben als einziges Mittel zu seiner Befriedigung wegen Aufwendungen auf den Nachlaß das Zurückbehaltungsrecht gibt.

[2]) Vertreten von Strohal als Bearbeiter im Gegensatz zu Planck als Herausgeber in Planck, Bd. V, S. 116, 117.

[3]) Bd. II, S. 127.

für seine Ansicht verwertet wird, so faßt er sie in einem doppelten Sinne auf. Soweit er sie unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung betrachtet, werden wir hierauf bei der Erörterung der von Planck[1]) entwickelten Gründe, der gleichfalls mit den Bereicherungssätzen operiert, zurückkommen. Soweit Binder aber die Rechtsnatur des Herausgabeanspruchs als wahre Herausgabe des Nachlasses im technischen Sinn versteht,[2]) wäre seine Annahme des Zurückbehaltungsrechts allerdings nur die konsequente Folge seiner Voraussetzung.[3]) Es wird aber später gezeigt werden, daß die Ansicht von Binder, die Herausgabe des Nachlaßüberschusses durch den Erben nach Maßgabe des § 1973 Abs. II Satz 1 sei eine wirkliche Herausgabe, eine Verkennung des wahren Sinnes des Gesetzes ist.[4])

β) Die anderen Vertreter des Zurückbehaltungsrechts mit Ausnahme von Planck stellen ihre Ansicht teils ohne Begründung auf, teils führen sie Gründe an, die wir, wie bei Binder, bereits erörtert haben, oder auf die wir in unserer Untersuchung der von Planck entwickelten Argumente jetzt eingehen wollen.

γ) Planck-Ritgen[5]) geht davon aus, die entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 223 K. O., wonach dem Erben wegen der ihm nach den §§ 1978, 1979 B. G. B. aus dem Nachlasse zu ersetzenden Aufwendungen ein Zurückbehaltungsrecht nicht zustehe, sei im Falle des § 1973 Abs. II Satz 1 ausgeschlossen, weil es sich um zwei ganz verschiedene Fälle handle. Er folgert also per argumentum e contrario aus § 223 K. O. die Anwendung des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 Abs. II im Falle des § 1973 Abs. II Satz 1. Die Richtigkeit der von Planck-Ritgen gezogenen Schlußfolgerung wird von seinen Gegnern[6]) mit der Begründung bestritten, es handle sich gar nicht um eine entsprechende Anwendung des § 223 K. O., sondern die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts durch den Erben im Falle des § 1973 Abs. II Satz 1 komme

---

[1]) Bd. V, S. 115, 116α.
[2]) Binder, Bd. II, S. 123.
[3]) Nauenberg, S. 61.
[4]) So auch Strohal, Bd. II, S. 242, 243.
[5]) Planck, Bd. V, 1. und 2. Aufl. 1902, S. 79.
[6]) Strohal, Bd. II, S. 247, 248, Anm. 40; Nauenberg, S. 61.

deshalb nicht in Frage, weil der Sinn dieser Stelle sei, der Erbe habe nicht tatsächlich den Nachlaßüberschuß „herauszugeben", sondern nur die Zwangsvollstreckung in ihn zu dulden, damit sich der ausgeschlossene Nachlaßgläubiger aus ihm auf diesem Wege befriedige. Deshalb könne gegenüber der vom Gläubiger betriebenen Zwangsvollstreckung von einem Zurückbehaltungsrecht des Vollstreckungsschuldners überhaupt keine Rede sein. Die Richtigkeit des zweiten Arguments, wovon wir noch später sprechen werden, geben wir zu, nicht aber die Richtigkeit des ersten Arguments. Im Gegensatz zu Planck-Ritgen[1]) und seinen Gegnern[2]) halten wir eine entsprechende Anwendung des § 223 K. O. für den Fall des § 1973 Abs. II Satz 1 für gegeben. Allerdings handelt es sich dort um den Nachlaßkonkurs, hier um die Haftung des Erben gegenüber ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern. Dieser tatsächliche Unterschied steht jedoch der entsprechenden Anwendung des § 223 K. O. nicht im Wege. Denn § 223 K. O. entzieht dem Erben das ihm nach den §§ 1978, 1979 in Verbindung mit den §§ 662 ff., 677 ff. wegen seiner Verwendungen auf den Nachlaß an sich zustehende Zurückbehaltungsrecht an den Nachlaßsachen, damit keine Verzögerung in der Verwertung der Nachlaßkonkursmasse eintritt.[3]) Dafür entschädigt den Erben aber § 224 Ziffer 1 K. O., indem er ihm wegen der gedachten Ansprüche die Stellung eines Massegläubigers gibt, so daß er vorzugsweise Befriedigung vor den Konkursgläubigern erhält. Die dem § 223 K. O. zugrunde liegende Zweckbestimmung greift aber auch im Falle des § 1973 Abs. II Satz 1 Platz. Auch hier soll der Erbe den Gang der Zwangsvollstreckung durch Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes nicht aufhalten. Dafür wird er, wie wir gesehen haben, dadurch entschädigt, daß er vorweg Befriedigung aus dem Erlöse der Zwangsvollstreckung vor dem die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß betreibenden ausgeschlossenen Gläubiger erhält. Der § 223 K. O. ist also unseres Erachtens auf den § 1973 Abs. I Satz 2 entsprechend anwendbar, und deshalb ist auch dem Erben das Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs. II zu versagen.

---

[1]) Bd. V, 1. und 2. Aufl. 1902, S. 79.

[2]) Strohal, Bd. II, S. 247, 248, Anm. 40; Nauenberg, S. 61.

[3]) Begründung, S. 43, 44.

d) Planck selber[1]) geht bei seiner Annahme des Zurückbehaltungsrechts des Erben nicht mehr vom § 223 K. O., sondern von folgenden Erwägungen aus:

Aus den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, auf die § 1973 Abs. II Satz 1 Bezug nimmt, folgt, daß der Erbe um die nach Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger noch vorhandenen Nachlaßgegenstände nur bereichert ist nach Abzug der von ihm auf den Nachlaß gemachten Verwendungen. Besteht der Nachlaß nicht in Geld, so kann der Abzug nur in der Weise erfolgen, daß dem Erben der Betrag seiner Aufwendungen ersetzt wird. Erst dann stellen sich die noch vorhandenen Nachlaßgegenstände als reiner Nachlaßüberschuß dar, und erst dann ist der Erbe nach § 1973 Abs. II Satz 1 zur Duldung der Zwangsvollstreckung in den doch dann erst vorhandenen Nachlaßüberschuß verpflichtet. Hieraus folgert Planck kein eigentliches Zurückbehaltungsrecht, sondern nur den Wegfall der Bereicherung um den Betrag der Aufwendungen. Er hält daher auch keine direkte, sondern nur eine entsprechende Anwendung des § 273 Abs. II für gegeben.

Planck untersucht dann weiter, ob dies Ergebnis durch das in § 1973 Abs. II Satz 1 gleichfalls zum Ausdruck gekommene Prinzip der Haftung cum viribus hereditatis eine Änderung erleidet, was er verneint. Man könnte, so führt er aus, aus diesem Prinzip schließen, daß die ausgeschlossenen Gläubiger berechtigt seien, zum Zweck ihrer Befriedigung in den ganzen noch vorhandenen Nachlaß zu jeder ihnen passenden Zeit die Zwangsvollstreckung zu betreiben. Das bedeute aber eine schwere Schädigung des Erben und könne in schlechten Zeiten einen so geringen Erlös aus der Zwangsvollstreckung zur Folge haben, daß der Ersatz der Aufwendungen nicht möglich sei. Dies Ergebnis stehe aber in Widerspruch mit dem Grundsatz des § 1973 Abs. II Satz 1, wonach der Erbe nur einen Überschuß herauszugeben habe. Man könnte, meint Planck, zur Vermeidung dieser fatalen Folgen auf den Ausweg verfallen, statt der Realisierung des ganzen Nachlasses im Wege der Zwangsvollstreckung die Schätzung des Nachlasses zugrunde zu legen. Aber abgesehen davon, daß dies weder der Absicht

[1]) Planck, Bd. V, S. 115, 116*a*.

des Gesetzes entspreche, noch zweckmäßig sei, versage auch dieser Weg für den Fall, daß bei der Schätzung sich ein Überschuß ergibt. Denn dann treten wieder dieselben Gefahren und Nachteile, die man durch die Schätzung gerade habe vermeiden wollen, für den Erben ein. Der ausgeschlossene Gläubiger könne nämlich in diesem Falle, ebenso wie vorher, die Zwangsvollstreckung in den ganzen Nachlaß betreiben.

Aus den angeführten Gründen hält Planck[1]) daran fest, daß der Erbe wegen der von ihm auf den Nachlaß gemachten Aufwendungen der vom ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger in die noch vorhandenen Nachlaßgegenstände geführten Zwangsvollstreckung unter Berufung auf die Bereicherungssätze und das Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs. II widersprechen und den Gläubiger auf diese Weise nötigen kann, sich die Fortführung der Zwangsvollstreckung durch vorherige Befriedigung des Erben wegen seiner Aufwendungen zu ermöglichen.

ε) Den scharfsinnigen und sehr ins Gewicht fallenden Ausführungen von Planck sucht der Bearbeiter seines Kommentars, Strohal,[2]) in nicht minder scharfsinniger Weise in der Art gerecht zu werden, daß er das von Planck dem Erben ausnahmslos zugebilligte Zurückbehaltungsrecht nur dann annimmt, „wenn" — wie er sagt — „mit der Möglichkeit gerechnet werden muß, daß der Wert der vorhandenen Nachlaßgegenstände durch den Gegenanspruch des Erben verschlungen werde und die Durchführung der Zwangsvollstreckung des Gläubigers somit zum Nachteil des Erben eine Minderung des Wertes der Nachlaßgegenstände um die Kosten der Zwangsvollstreckung zur Folge haben müßte. Will der Erbe der Zwangsvollstreckung des Gläubigers nicht durch Ausübung seines Abfindungsrechtes ein Ende bereiten (in welchem Falle es aber freilich wieder zu einem Streite über den Wert der Nachlaßgegenstände kommen kann), so wird er hier deren Fortführung allerdings nur zu dulden brauchen, wenn er vom Gläubiger hinsichtlich der Aufwendungen insoweit befriedigt oder sichergestellt wird, als er wegen der Fortführung der Zwangsvollstreckung der Gefahr einer Benachteiligung ausgesetzt ist". Wir halten den Standpunkt von Strohal für richtig, er trägt

---

[1]) Bd. V, S. 115, 116α.
[2]) Planck, Bd. V, S. 116, 117.

einerseits den von Planck mit Recht gerügten Mißständen Rechnung, anderseits führt er die Anwendung des von Planck schlechthin vertretenen Zurückbehaltungsrechts auf das richtige Maß zurück. Die ausnahmslose Versagung des Zurückbehaltungsrechts geht also zu weit, ebenso wie die ausnahmslose Gewährung desselben an den Erben.

Wenn Strohal,[1]) abgesehen von der eben erörterten Ausnahme, gegen Planck ausführt, auf § 273 Abs. II könne sich der Erbe nicht stützen, da er nur den Nachlaßüberschuß herauszugeben habe und weil der ausgeschlossene Gläubiger Befriedigung nur aus dem erlangen könne, was vom Erlös der Zwangsvollstreckung nach Abzug des an den Erben wegen seiner Aufwendungen Gezahlten noch übrig bleibe, so will u. E. dies Argument gegen Planck nicht viel besagen. Denn Feststellung und Herausgabe des Überschusses im Wege der Zwangsvollstreckung ist ohne Herausgabe der noch vorhandenen Nachlaßgegenstände nicht möglich. Und es bleibt auch hierbei die von Planck betonte Gefahr einer Schädigung des Erben bestehen.

Berechtigter scheint uns zu sein, was Strohal gegen die ausnahmslose Gewährung des Zurückbehaltungsrechts an den Erben unter dem Gesichtswinkel der Bereicherungssätze sagt, daß nämlich der Erbe um den Überschuß doch wirklich bereichert sei und daß ihm eine Herausgabe, zufolge deren der ausgeschlossene Gläubiger mehr erhalten solle, als aus dem Überschuß gedeckt werden könne, gar nicht zugemutet werde.

Darauf ist zu sagen, daß die Tatsache der Bereicherung des Erben nicht immer ohne weiteres feststellbar ist, sondern daß die Beantwortung dieser Frage sich häufig erst bei der Realisierung des Nachlasses ergeben wird. Steht aber die Bereicherung des Erben außer allem Zweifel fest, so wird man das Argument Strohal's gelten lassen müssen.

Ohne Einschränkung aber wird man Strohal darin beipflichten müssen, daß in der Zwangsvollstreckung, falls aus ihr der Erbe wegen seiner Aufwendungen vollständig befriedigt wird, keine unerträgliche Härte gegen den Erben zu finden ist. Denn er kann, wie Strohal richtig bemerkt, die Zwangsvollstreckung durch Ausübung des Abfindungsrechtes nach § 1973

[1]) Planck, Bd. V, S. 116 α.

Abs. II Satz 2 vermeiden und eine für die Realisierung des Überschusses mittels Zwangsvollstreckung ungünstige Zeit, zufolge welcher nur ein geringer Erlös zu erwarten ist, in seinem Interesse ausnutzen, indem er mitbietet und die Nachlaßgegenstände zu einem niedrigen Preise erwirbt.

Als das durchschlagendste Argument Strohals gegen die ausnahmslose Gewährung des Zurückbehaltungsrechts an den Erben dürfte aber die Erwägung zu betrachten sein,[1]) daß „der Erbe ja das Recht des ausgeschlossenen Gläubigers durch die Zumutung illusorisch machen könnte, daß der Gläubiger, um wegen einer bescheidenen ausgeschlossenen Forderung Zwangsvollstreckung führen zu können, zum Zwecke des Ersatzes der vom Erben gemachten Aufwendungen den möglicherweise auf viele Tausende sich belaufenden Betrag derselben aufbringen müßte".

5. Nicht zu verwechseln mit der Frage nach der Haftung des Erben für seine Verwaltung des Nachlasses gegenüber den ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern ist die Frage, ob und inwieweit der Erbe bereichert ist. Hierfür ist nicht maßgebend die Rechtshängigkeit des vom ausgeschlossenen Gläubiger geltend gemachten Anspruchs, was manche[2]) zu Unrecht annehmen, oder der Zeitpunkt der Kenntnis des Erben vom Bestehen der ausgeschlossenen Forderung, Momente, die, wie wir gesehen haben, nach den §§ 818 Abs. IV, 819, 292 dem Erben nur eine erhöhte Diligenzpflicht in der Behandlung des Nachlasses auferlegen, sondern entscheidend hierfür ist der Zeitpunkt des Beginnes der Zwangsvollstreckung.[3]) Denn „die Bereicherung des Erben kann" — sagt Planck[4]) mit Recht — „auch nach dem bezeichneten Zeitpunkt (d. h. der Rechtshängigkeit oder Kenntnis) sowohl eine Erweiterung (z. B. infolge der Werterhöhung der Nachlaßgegenstände, durch Früchte und sonstigen Zuwachs), als auch eine Verringerung (z. B. durch Wertminderung der Nachlaßgegenstände, durch sonstige Umstände, soweit sie der Erbe nach den §§ 292, 989 nicht zu vertreten hat, sowie infolge des Eingreifens der Vorschrift des § 1973 Abs. II Satz 3) erfahren. Es darf eben auch bei dieser

[1]) Strohal bei Planck, Bd. V, S. 116.
[2]) So Engländer, S. 52.
[3]) R. G. R. K., Bd. II, S. 442 Nr. 8.
[4]) Planck, Bd. V, S. 112 d.

Frage nicht übersehen werden, daß es sich im Falle des § 1973 nicht um eine nach einem bestimmten Zeitpunkte sich bestimmende Haftung pro viribus, sondern um eine Haftung cum viribus handelt."

Wenn Staudinger[1]) dem gegenüber als maßgebenden Zeitpunkt für den Umfang der Bereicherung den der Rechtshängigkeit bezeichnet, so steht er nur scheinbar auf einem andern Standpunkte. Denn er gibt ausdrücklich zu, daß die Bereicherung des Erben auch nach diesem Zeitpunkte sich sowohl verringern, als erhöhen kann, was in der Sache auf den hier vertretenen Standpunkt hinauskommt.

B. Die Herausgabe des Nachlaßüberschusses.

I. Formulierung der Alternative für die Herausgabe des Nachlaßüberschusses.

Auf dem an sich schon schwierigen Gebiet der Erbenhaftung bietet der § 1973 und der ihm konstruktionell und fast wörtlich nachgebildete § 1990 dem Verständnis erhebliche Schwierigkeiten. Da der § 1990 für die Herausgabe des Nachlaßüberschusses dieselbe Formel verwendet, wie § 1973, so gilt das über die Bedeutung dieser Formel Gesagte für beide Gesetzesstellen. Die Fassung der §§ 1973, 1990 ist „keine glückliche",[2]) sie ist „wenig deutlich und vieldeutig".[3]) Gehören die Worte: „im Wege der Zwangsvollstreckung" zum nachfolgenden Wort „herauszugeben" oder zu den vorhergehenden Worten: „zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers"? Mit anderen Worten: Muß der Erbe den Nachlaß, bezw. den Nachlaßüberschuß im Wege der Zwangsvollstreckung herausgeben, damit sich der Gläubiger aus ihm befriedige oder muß er ihn herausgeben, damit sich der Gläubiger aus ihm im Wege der Zwangsvollstreckung befriedige?

Das ist die an das Gesetz zu stellende Frage.[4]) Um diese Alternative dreht sich die lebhafte, theoretisch und praktisch wichtige Streitfrage.

---

[1]) Staudinger, Bd. V, S. 158.

[2]) Hachenburg, S. 683.

[3]) Dernburg, Bd. V, S. 476.

[4]) Jäger, S. 6, 7; Hachenburg, S. 683, 684; Binder, Bd. II, S. 117; Schenk, S. 58.

II. Auslegung im Sinne der ersten Alternative.

Die Auslegung, welche diese beiden Gesetzesstellen im Sinne der ersten Alternative dahin versteht, daß der Erbe zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers den Nachlaß im Wege der Zwangsvollstreckung herausgeben muß,[1]) dürfte auch aus anderen, als den zur Begründung der hier vertretenen Ansicht weiter unten angeführten Gründen als abwegig zu betrachten sein. Denn Wendt a. a. O. verkennt selber nicht das Bedenken und Binder[2]) verwertet es mit Recht als Gegenargument, daß, „wenn der Erbe gibt, kein Zwang gegen ihn geübt zu werden braucht, und wenn ihm genommen wird, er nicht noch zu geben braucht". Ferner ist zu bedenken, daß eine Herausgabe im Wege der Zwangsvollstreckung doch keine wahre Herausgabe ist,[3]) denn, wie Dernburg[4]) in seinen gegen diese Auslegung gerichteten Ausführungen mit Recht sagt: „mittels Zwangsvollstreckung wird genommen". Würden die §§ 1973 und 1990 wirklich aussprechen, daß der Erbe den Nachlaß im Wege der Zwangsvollstreckung herausgeben muß, so würden sie nur wiederholen, was sich schon aus allgemeinen materiellen und prozessualen Vorschriften ergibt. Denn es ist ja, wie Binder[5]) mit Recht hervorhebt, „selbstverständlich, daß der Erbe, wenn er die Herausgabe verweigert, zu verurteilen ist und daß dann die Herausgabe im Wege der Zwangsvollstreckung geschieht".

Die ausdrückliche und wiederholte Hervorhebung dieser Selbstverständlichkeit kann man dem Gesetzgeber aber nicht zumuten.

III. Auslegung im Sinne der zweiten Alternative.

1. Die wörtliche Auslegung.

Es bleibt somit nur die Annahme übrig, daß der Wortlaut der vom Gesetz in den §§ 1973 und 1990 verwendeten Formel im Sinne der zweiten Alternative sagen will, daß der Erbe den Nachlaß herausgeben muß, damit der Nachlaßgläubiger

---

[1]) So Eck, Bd. III, S. 35; Wendt im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 86, S. 382.

[2]) Bd. II, S. 118.

[3]) Hachenburg, S. 684.

[4]) Bd. V, S. 477.

[5]) Bd. II, S. 118.

sich aus ihm im Wege der Zwangsvollstreckung befriedige. Und in der Tat wird von manchen die Formel in diesem Sinne wörtlich verstanden.[1]) Dieser Auffassung liegt der Gedanke zugrunde, daß der vom ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger auf Leistung verklagte Erbe auch auf Leistung verurteilt wird, aber mit dem Rechte, die Leistung verweigern zu dürfen, insoweit ein Nachlaßüberschuß nicht vorhanden ist. Soweit läßt sich gegen diese Auffassung nichts sagen, und die hiergegen gerichteten Angriffe von Schenk,[2]) daß hier eine Zwangsvollstreckung ohne die notwendige Voraussetzung eines vollstreckbaren Titels vertreten werde und daß eine Befriedigung des Gläubigers gar nicht möglich sei, weil der Erbe auf Herausgabe des Überschusses verurteilt werde und die Zwangsvollstreckung mit der Wegnahme desselben ihr Ende finde, beruhen auf einer völligen Verkennung des wahren Sinnes der in Rede stehenden Auffassung. Diese läßt ja das Urteil nicht auf Herausgabe des Überschusses an den Gläubiger schlechthin, sondern auf Herausgabe zum Zweck seiner Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung ergehen.

Den Grund, weshalb wir uns gegen diese Erklärung wenden, sehen wir darin, daß nach der Urteilsfällung der Nachlaßüberschuß außerhalb des Vollstreckungsverfahrens ermittelt und dann erst dem Gläubiger zwecks Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung „herausgegeben" werden soll. Wie soll aber ohne Gefährdung des Erben diese Feststellung des Überschusses in einer für alle Beteiligten verbindlichen Weise erfolgen? Ferner, wie hat man sich die Herausgabe vorzustellen? Eine tatsächliche Herausgabe des Nachlasses an den ausgeschlossenen Gläubiger kann aber aus Gründen, die wir jetzt erörtern werden, vom Gesetz trotz seines Wortlautes nicht gemeint sein. Eine Herausgabe etwa im Sinne einer Besitzübergabe kommt nicht in Frage.[3])

2. Unser Standpunkt.

Unstreitig haftet nach dem B. G. B. der beschränkt haftende Erbe nicht mit dem Werte des Nachlasses, nicht pro viribus,

[1]) Endemann, Bd. III, S. 447; Ennecerus-Lehmann, Bd. II, S. 696; Cosack, Bd. II, S. 781; Matthiaß, S. 764; Bernhöft: Das bürgerliche Recht, S. 238 (§ 269).

[2]) S. 48—51.

[3]) Dernburg, Bd. V, S. 477.

sondern nur mit seiner Substanz, nur cum viribus hereditatis. Der erste Entwurf ließ im § 2127 den beschränkt haftenden Erben noch pro viribus haften. Erst die zweite Kommission führte die Haftung cum viribus ein.[1]) „So kam man" — sagt Dernburg[2]) — „auf den Ausdruck, der Erbe habe die noch vorhandenen Nachlaßgegenstände »herauszugeben«, also nicht deren Wertbetrag." Der § 1973 bringt also, wie Dernburg[3]) weiter ausführt, allerdings mit schwer verständlichen Worten den Gedanken der Haftung cum viribus zum Ausdruck, was sein Vorbild für die Wirkung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger, die Preußische Allgemeine Gerichtsordnung und die spätere Preußische Gesetzgebung in viel verständlicherer Weise sagt, wenn sie den Benefizialerben gegenüber ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern nur mit dem ihm nach Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger verbliebenen Nachlaßrest haften ließen. Diesen einfachen Gedanken offenbart auch § 1973, wenn man seine Entstehungsgeschichte berücksichtigt. Der Erbe haftet also nach § 1973 den im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern so, „daß sie die Zwangsvollstreckung auf den nach Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger verbleibenden Nachlaßrest betreiben können".[4])

Dies Recht hat der ausgeschlossene Nachlaßgläubiger aber nicht schlechthin, sondern nur dann, wenn der Erbe die persönliche Haftung vermeiden will und von der Einrede des § 1973 Abs. I Gebrauch macht. Die Pflicht des Erben zur Herausgabe des Nachlaßüberschusses gemäß § 1973 Abs. II ist also keine unbedingte. „Sie ist nur die Form der Ausübung des Rechtes",[5]) das ihm nach § 1973 Abs. I zusteht. Von diesem Recht, nämlich von der Geltendmachung der aus § 1973 Abs. I fließenden Einrede kann der Erbe aber nur dann Gebrauch machen, wenn er vom ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger nicht nur mit dem Nachlaß, sondern auch mit seinem Eigenvermögen in Anspruch genommen wird. Wenn nun § 1973 Abs. I von der Geltendmachung der Einrede durch den

---

[1]) Protokolle, Bd. V, S. 771 ff, 782.
[2]) Bd. V, S. 477.
[3]) a. a. O. und S. 491, 492.
[4]) Dernburg, Bd. V, S. 477.
[5]) Hachenburg, S. 687.

Erben dessen auf den Nachlaß beschränkte Haftung abhängig macht, so unterstellt er, wie Dernburg[1]) bemerkt, „daß der ausgeschlossene Nachlaßgläubiger, wie wenn er nicht ausgeschlossen wäre, gegen den Erben schlechthin auf dessen Verurteilung klagt und daß ihn der Erbe durch Einrede nötigt, Verurteilung bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß zu fordern".[2]) Bis zur Geltendmachung der Einrede aus § 1973 Abs. I Satz 1 haftet der Erbe dem ausgeschlossenen Gläubiger noch persönlich. Erst die Geltendmachung der Einrede verwandelt seine bisher noch beschränkbare Haftung gegenüber dem ausgeschlossenen Gläubiger in auf den Nachlaßüberschuß beschränkte Haftung.[3])

Natürlich kann der Nachlaßgläubiger aber auch, ohne erst die Einrede des Erben abzuwarten, sofort auf Befriedigung aus dem Nachlaß klagen. Denn mit der Gewährung der Einrede aus § 1973 Abs. I an den Erben will das Gesetz diesen nur für den Fall schützen, daß der Gläubiger ihn persönlich belangt, das Gesetz will den Gläubiger nicht zwingen, seine Befriedigung aus dem ganzen Vermögen des Erben zu verlangen. Sodann ist die Klage auf Befriedigung aus dem Nachlaß gegenüber der auf Befriedigung aus dem Gesamtvermögen des Erben doch nur ein minus im Interesse des Erben.

Ob nun der ausgeschlossene Nachlaßgläubiger sich von vornherein nur an den Nachlaß hält, was wohl die Regel sein wird,[4]) weil dadurch der Gang des Prozesses vereinfacht und beschleunigt wird, oder ob er regelmäßig aus dem Gesamtvermögen des Erben Befriedigung verlangt und erst, nachdem der Erbe die Einrede des § 1973 Abs. I geltend gemacht hat, seinen Klageantrag nach § 268 Nr. 3 Z. P. O. darauf richtet, daß der Erbe die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß zu dulden habe,[5]) das ist keine Frage von grundsätzlicher Bedeutung, sondern nur eine Sache der Zweckmäßigkeit. Jedenfalls haftet der Erbe in den Fällen der §§ 1973 und 1990, wie der Nachlaßgläubiger gegen ihn auch vorgehen mag, auf Grund der Ausschließung des Nachlaßgläubigers im Auf-

---

[1]) Bd. V, S. 477, 492.
[2]) Ebenso R. G., Bd. 61, S. 221.
[3]) Hellwig, S. 231.
[4]) Dernburg, Bd. V, S. 477, 492.
[5]) So Kretzschmar, S. 363 und in Bl. f. Rechtsanwendung S. 688 V.

gebotsverfahren, bezw. auf Grund der Ärmlichkeit des Nachlasses nur cum viribus hereditatis. Er kann daher die Befriedigung des Nachlaßgläubigers aus seinem eigenen Vermögen ablehnen, wenn er nicht persönlich haften will.[1]) Er darf weiter die Befriedigung des Gläubigers durch Liquidierung des Nachlasses verweigern, wenn er es vermeiden will, den Gläubigern wegen seiner Verwaltung des Nachlasses nach den §§ 1978—1980, 1991 verantwortlich zu werden.[2]) Wenn er es endlich auch ablehnt, dem Nachlaßgläubiger den Nachlaß zur Verfügung zu stellen, damit dieser sich aus ihm durch Teilliquidierung in Höhe seiner Forderung ordnungsmäßig befriedige, wie soll dann der Gläubiger, da sich der Erbe gegenüber seinem Recht auf Befriedigung völlig ablehnend verhält, zu seinem Gelde kommen, wenn ihm nicht das Gesetz den allein noch gangbaren Weg bietet, sich selber aus dem Nachlaß zu befriedigen, und zwar im Wege der Zwangsvollstreckung, damit die Befriedigung nicht leichtfertig erfolgt und die Interessen des Erben und der anderen noch nicht befriedigten Gläubiger schädigt?[3])

Das Gesetz hat denn auch in §§ 1973 und 1990 diesen Weg als den allein noch möglichen eingeschlagen. Deshalb bestimmt es, daß unter solchen Umständen der Erbe den Nachlaßüberschuß bezw. den Nachlaß zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herausgeben muß. Daher gehen Klageantrag und Verurteilung entsprechend der in den §§ 1973, 1990 ausgesprochenen Haftung cum viribus hereditatis dahin, daß der Erbe wegen der dem Nachlaßgläubiger zustehenden Forderung die Zwangsvollstreckung in die einzelnen, von ihm zu bezeichnenden Nachlaßgegenstände dulden muß. Das ist die Bedeutung der kritischen Worte der §§ 1973 Abs. II S. 1,[4]) 1990. So löst sich

---

[1]) Dernburg, Bd. V, S. 477.

[2]) Hachenburg, S. 684.

[3]) Jaeger, S. 7; Binder, Bd. II, S. 124.

[4]) Hellwig, S. 230; Planck, Bd. V, S. 119; Staudinger, Bd. V, S. 156; R. G. R. K., Bd. II, S. 442 Nr. 8; Nauenberg, S. 49, 50; Schenk, S. 59; Weißler, S. 333; Wilke, S. 44; Strohal, Bd. II, S. 84, 85; Dernburg, Bd. V, S. 477, 491; Kretzschmar, S. 363 und in Bl. f. Rechtsanwendung, S. 685 Nr. 2; Hachenburg, S. 684; Oetker in Buchka-Oetker-Lehmann: Die Zivilprozeßordnung in alter und neuer Gestalt 1899, S. 187.

denn die Verpflichtung des Erben zur Herausgabe des Nachlasses auf in die Verpflichtung zur Duldung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß. Trotz des Wortlautes der §§ 1973 und 1990 kommt daher eine tatsächliche Herausgabe nicht in Frage. Dernburg[1]) freilich verlangt auf Grund des § 253 Ziffer 2 Z. P. O., wonach die Klage die bestimmte Angabe des Gegenstandes des erhobenen Anspruchs bezeichnen muß, vom Nachlaßgläubiger, daß er die Nachlaßgegenstände speziell bezeichne, wozu ihm das vom Erben zu legende Inventar dienen könne. Die Gegenausführung von Kretzschmar,[2]) von einer solchen Verpflichtung des Nachlaßgläubigers könne keine Rede sein, weil der Gläubiger die Gegenstände gar nicht zu kennen brauche und die ihm beistimmende Bemerkung von Engelmann, dem Bearbeiter der dritten Auflage Dernburgs,[3]) ist nicht überzeugend, weil sich der Gläubiger aus dem Inventar leicht diese Kenntnis verschaffen kann. Die Ansicht von Dernburg dürfte aber aus zwei anderen Gründen nicht zutreffen. Einmal würde auch der nur auf Verurteilung des Erben zur Duldung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß gehende Klageantrag eine genügend bestimmte Angabe des Gegenstandes des erhobenen Anspruchs im Sinne des § 253 Ziffer 2 Z. P. O. sein. Denn der Nachlaß als in sich geschlossener Vermögensinbegriff hebt sich genügend erkennbar vom Eigenvermögen des Erben ab. Sodann wäre es unbillig, angesichts des dem Erben aus der beschränkten Haftung erwachsenden Vorteils auch noch die in Rede stehende Pflicht dem durch die beschränkte Erbenhaftung ohnehin schon benachteiligten Nachlaßgläubiger aufzubürden. Will der Erbe nur mit dem Nachlaß haften, dann ist es nur recht und billig, daß er die Nachlaßgegenstände einzeln bezeichnet, die dem Nachlaßgläubiger als Befriedigungsobjekt dienen sollen.[4])

Es ist ferner nicht ganz zutreffend, wenn Strohal[5]) und ihm folgend Engländer[6]) die dem Erben im § 1973 Abs. II

---

[1]) Bd. V, S. 477, 493.

[2]) S. 363, Anm. 11.

[3]) Bd. V, S. 493, Anm. 11: „Woher soll der Gläubiger diese Gegenstände kennen?“

[4]) Vergl. Engländer, S. 66.

[5]) Bd. II, S. 246.

[6]) S. 65, 66.

auferlegte Verpflichtung, dem ausgeschlossenen Gläubiger den Nachlaßüberschuß nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zur Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung „herauszugeben", sich neben der Duldung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaßüberschuß bezw. neben der Verfügungstellung des Nachlasses zwecks Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung nur in der Auskunfterteilung über denselben nach § 260 B. G. B. erschöpfen läßt. Denn Auskunft hat der Erbe, wie jeder andere Schuldner, der verpflichtet ist, einen Inbegriff von Gegenständen herauszugeben, nach § 260 dem Gläubiger zu erteilen, aber nur, wenn dieser es verlangt. Die Pflicht des Erben zur Bezeichnung der einzelnen Nachlaßgegenstände, aus denen der Nachlaßgläubiger sich befriedigen soll, gründet sich dagegen auf § 1973 und muß erfüllt werden auch ohne ausdrückliches Verlangen des Gläubigers. Von dieser Divergenz abgesehen, stimmt die hier vertretene Ansicht mit der von Strohal und Engländer darin überein, daß eine wirkliche Herausgabe des Nachlasses durch den Erben nicht in Frage kommt. So auch Dernburg,[1]) der eine tatsächliche Herausgabepflicht des Erben mit der geschichtlichen Entwicklung und den Zwecken des Aufgebotsverfahrens nicht für vereinbar hält.

3. Herausgabe des Nachlaßüberschusses durch Preisgabe desselben.

Auch Hachenburg,[2]) der Vertreter der Theorie von der Preisgabe des Nachlasses, vermöge deren die Befriedigung des ausgeschlossenen Nachlaßgläubigers durch den Erben erfolgen soll, kommt, wenn er auch im Gegensatz zu uns schon die von vornherein auf den Nachlaß beschränkte Erbenhaftung annimmt, in der Auslegung der von den §§ 1973 und 1990 für den Gedanken der beschränkten Haftung angewandten Formel sachlich zum gleichen Ergebnis wie wir. Er meint gleichfalls, daß der Erbe in den Fällen der §§ 1973 und 1990 die Befriedigung des Nachlaßgläubigers durch Liquidierung des Nachlasses verweigern und dem Gläubiger dieses Geschäft zuweisen darf, daß er dann aber dem Nachlaßgläubiger zu diesem Zwecke den Nachlaß herausgeben muß. „Wenn" —

---

[1]) Bd. V, S. 477, 492.
[2]) S. 684.

sagt er a. a. O. — „der Erbe ihn als Ganzes nicht freiwillig hergibt, so hat er auch kein Recht, die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern. Dieser vollstreckt das Vorbehaltsurteil. Der Erbe ist dann der Vollstreckungsschuldner. Alle Folgen dieser Tatsache treten ein. Daraus ist aber zu entnehmen, daß von einer Herausgabe im Wege der Zwangsvollstreckung nicht gesprochen werden kann.“ Wenn nun dieses Vorbehaltsurteil, wie Hachenburg verlangt, gegen den Erben vollstreckt wird, so folgt daraus notwendig, daß der Erbe wegen der dem Nachlaßgläubiger zustehenden Forderung die Zwangsvollstreckung in die Nachlaßgegenstände dulden muß, was auf unsere Auslegung hinauskommt. Obgleich mit anderer Begründung, stimmt Hachenburg doch im Ergebnis mit uns ferner darin überein, daß trotz des Wortlautes der vom Gesetz gebrauchten Formel eine wirkliche Herausgabe des Nachlasses nicht in Frage kommt. Darin jedoch können wir ihm nicht zustimmen, wenn er vom Rechte des Erben, die Befriedigung des Nachlaßgläubigers aus dem Nachlaß wegen der ihn möglicherweise treffenden Verantwortlichkeit abzulehnen und dem Gläubiger dieses Geschäft zuzuweisen, sagt: „Die Form der Ausübung desselben ist die Preisgabe des Nachlasses, die Besitzentäußerung.“ Von einer Preisgabe oder Besitzentäußerung kann man aber nicht sprechen,[1]) selbst wenn man bei der Zweifelhaftigkeit der Frage „ob der Gerichtsvollzieher durch die Pfändung den Gläubiger zum mittelbaren Besitzer der gepfändeten Sache macht und ob daneben der Schuldner unmittelbarer Besitzer bleibt“,[2]) es dahingestellt läßt, ob der Erbe durch die nach den §§ 803, 808 Z. P. O. erfolgte Pfändung von Nachlaßsachen den Besitz daran verliert oder nicht. Denn die Pfändung darf nach § 803 Z. P. O. nicht weiter ausgedehnt werden, als zur Befriedigung des Gläubigers und zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung erforderlich ist. An den Nachlaßsachen, die von der Pfändung frei bleiben, behält also der Erbe den Besitz und an den gepfändeten und noch nicht versteigerten Sachen erlangt er ihn wieder, wenn nach § 818 Z. P. O. die Versteigerung eingestellt wird, weil der Erlös zur Befriedigung des Gläubigers und zur Deckung der Kosten hinreicht.

[1]) Planck, Bd. V, S. 119; Dernburg, Bd. V, S. 477, 492.
[2]) Heilfron, Bd. III, S. 37, Anm. 5.

Mit der Annahme einer Preisgabe oder Besitzentäußerung des Nachlasses durch den Erben setzt Hachenburg sich auch mit der von ihm gezogenen richtigen Schlußfolgerung in Widerspruch, daß der Erbe Vollstreckungsschuldner ist, daß der Nachlaßgläubiger das Vorbehaltsurteil gegen ihn vollstrecken läßt. „Die entscheidenden Worte des § 1973 Abs. II“ — sagt Eck[1]) daher mit Recht — „bedeuten also nicht, wie im Partikularrecht, ein Abandon-, sondern ein Exekutionssystem.“ Ebenso ist Dernburg[2]) beizupflichten, daß Übereignung oder Besitzübergabe an den Gläubiger oder Preisgabe des Nachlaßrestes der geschichtlichen Entwicklung des Instituts und der neuen Gesetzgebung ganz fern liegt. Dieser Unterschied zwischen dem von uns vertretenen Exekutions- und dem von Hachenburg angenommenen Abandonsystem hat aber keine praktische, sondern nur theoretische Bedeutung, denn er ist ohne Einfluß auf das Ergebnis, in dem Hachenburg mit uns übereinstimmt.

4. Herausgabe des Nachlaßüberschusses auf Grund rechtsverbindlicher Erklärung.

Oetker[3]) steht offenbar gleichfalls auf unserem Standpunkte, wenn er auch seine Ansicht anders formuliert. „Es wird“ — sagt er — „nicht der Nachlaß dem Gläubiger auf Treu und Glauben ausgeliefert, im Vertrauen, daß dieser nun ordnungsmäßig und rechtlich damit verfahre. Eine solche Gefährdung des Erben und der übrigen Gläubiger kann vom Gesetz unmöglich gewollt sein. Vielmehr ist Herausgabe die rechtsverbindliche Erklärung an den Gläubiger, es werde ihm und allen etwaigen Gläubigern der im einzelnen zu verzeichnende[4]) Nachlaß zwecks Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung zur Verfügung gestellt. Darin liegt der Sache nach separatio bonorum.“

Ob nun die freiwillige Verpflichtung bezw. die Verurteilung des Erben dahin geht, die Zwangsvollstreckung in die von ihm zu bezeichnenden Nachlaßgegenstände wegen der dem Nachlaßgläubiger zustehenden Forderung zu dulden oder dem Nachlaßgläubiger wegen der ihm zustehenden Forderung den im

---

[1]) Bd. III, S. 35.
[2]) Bd. V, S. 477, 492.
[3]) S. 187.
[4]) § 260 Abs. I B. G. B.

einzelnen zu verzeichnenden Nachlaß zwecks Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung zur Verfügung zu stellen, was augenscheinlich auch Windscheit-Kipp[1]) meint, kommt in der Sache auf dasselbe hinaus. Nur ist die erste Fassung präziser als die zweite, weil sie der von der Z. P. O. im § 794 Ziffer 5 gewählten Formel entspricht und daher das Vollstreckungsorgan jedes Bedenkens bei der Vornahme der Vollstreckung überhebt. Wegen der u. E. nicht zutreffenden Bezugnahme Oetkers auf § 260 für die Verpflichtung des Erben zur Bezeichnung der Nachlaßgegenstände, aus welchen die Befriedigung des Nachlaßgläubigers erfolgen soll, sei auf das in dieser Beziehung bereits gegen Strohal Ausgeführte verwiesen.

Auf Grund der obigen Erörterung dürfte die von Schenk[2]) gegen Oetker gerichtete Polemik, daß die Durchführung seines Gedankens uns völlig im Stich lasse, und daß das Ergebnis praktisch minderwertig sei, nicht begründet sein. Wenn Schenk a. a. O. aus der Formulierung der Herausgabe durch Oetker den Schluß zieht, der ihre Unhaltbarkeit offenkundig dartun soll, daß nämlich „die »Herausgabeerklärung« als abgegeben gilt — und daß der Nachlaßüberrest sich in den Händen des Erben befindet", so ist an diesem allerdings minderwertigen Ergebnis nicht die Erklärung von Oetker, sondern das Mißverständnis Schenks schuld. Dieser übersieht, daß die von Oetker formulierte Willenserklärung des Erben die separatio bonorum doch tatsächlich herbeiführt und dem Gläubiger für seine Forderung einen Vermögenskomplex als Befriedigungsobjekt zuweist. Binder[3]) freilich versagt der Auslegung Oetkers seine Zustimmung. Er meint, daß nach dem B. G. B. Herausgabe keine bloße Willenserklärung, sondern reale Restitution sei. Ferner macht er geltend, falls das Urteil auf Abgabe einer Willenserklärung gehe, würde diese mit der Rechtskraft nach § 894 Z. P. O. als abgegeben gelten, und dann fehle es doch an einem Vollstreckungstitel zum Zweck der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung.

Diese Einwände sind aber nicht stichhaltig. Denn das B. G. B. versteht in den §§ 1973, 1990, wie wir gesehen haben,

---

[1]) Bd. III, S. 466.
[2]) S. 62, 63.
[3]) Bd. II, S. 120.

die Herausgabepflicht des Erben nicht wörtlich, sondern in dem eben erörterten Sinn. Ferner ist nicht einzusehen, weshalb § 894 Z. P. O. auf das der Auslegung von Oetker folgende Urteil Anwendung finden und warum er zur Folge haben soll, daß ein solches Urteil nicht zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers vollstreckt werden kann. Wenn der Erbe, wie Oetker sagt, dem Nachlaßgläubiger in rechtsverbindlicher Erklärung, also z. B. in einer nach § 794 Abs. I Ziffer 5 Z. P. O. vollstreckbaren, sog. guarantigiierten Urkunde, den im einzelnen verzeichneten Nachlaß zwecks Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung zur Verfügung stellt, so ist diese Erklärung vollstreckbar, und die Befriedigung des Gläubigers erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung. Das gleiche gilt für das Erkenntnis, welches im Sinne der Auslegung Oetkers den Erben verurteilt, dem Nachlaßgläubiger wegen seiner Forderung die einzeln verzeichneten Nachlaßgegenstände zum Zwecke der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung zur Verfügung zu stellen, mit anderen Worten, die Zwangsvollstreckung in die Nachlaßgegenstände zu dulden.

Die Ansicht Binders, daß eine im Sinne Oetkers ergehende Verurteilung des Erben nicht zur Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung führen könne, dürfte also nicht zutreffen.

5. Herausgabe des Nachlaßüberschusses als Herausgabe im technischen Sinn.

Ebensowenig erscheint die weitere Behauptung Binders begründet, daß der Nachlaßgläubiger auf Grund der §§ 1973 und 1990, wenn der Erbe zur Herausgabe des Nachlasses bereit sei, nach prozessualen Gesichtspunkten überhaupt nicht zu einem vollstreckbaren Titel gelange, und daß er, wenn der Erbe zur Herausgabe verurteilt werde, zwar einen vollstreckbaren, aber zur Durchführung seiner Befriedigung nicht ausreichenden Titel erhalte.[1])

Binder meint, der Gläubiger dürfe, ohne Unterschied, ob ihm der Erbe den Nachlaß freiwillig oder erst auf Grund seiner Verurteilung herausgibt, aus ihm seine Befriedigung nur im Wege der Zwangsvollstreckung suchen. Das folgert er aus

---

[1]) Binder, Bd. II, S. 118, 119; vergl. Hagen, S. 130.

der Entstehungsgeschichte des § 1973.[1]) Aus ihr ergebe sich, daß der Nachlaßgläubiger sich aus dem Nachlaß nicht analog den Vorschriften der Zwangsvollstreckung befriedigen solle, ohne daß es hierzu etwa eines vollstreckbaren Titels bedürfe, sondern daß die Befriedigung im Wege eines wirklichen Vollstreckungsverfahrens, auf Grund eines vollstreckbaren Titels erfolgen müsse. Auf diesem ihm vom § 1973 vorgeschriebenen Wege könne der Gläubiger aber, gemäß den Vorschriften der Z. P. O. nicht zu seinem Ziele gelangen.

Zur Begründung führt Binder folgendes aus:

1. Der Erbe sei nach § 1973 nur zur Herausgabe des Überschusses verpflichtet. Nur darauf könne der Gläubiger klagen, nur so laute die Verurteilung, und die Zwangsvollstreckung erreiche mit der Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher ihr Ende, § 883 Z. P. O. Ein Vollstreckungstitel, der den Gerichtsvollzieher zum Verkauf legitimieren würde, sei auf diesem Wege nicht zu erlangen.

2. Klage umgekehrt der Gläubiger, wozu er nach dem Wortlaut des § 1973 gar nicht berechtigt sei, auf Zahlung, nicht auf Herausgabe, so könne der Gläubiger wohl den Überschuß pfänden und sich aus dem Erlös der versteigerten Sachen befriedigen, aber das sei ein ganz anderes Verfahren, als es der Verfasser des § 1973 im Auge gehabt habe.

Das Ergebnis seiner Ausführungen faßt er in die Worte zusammen:[2])

„Also ganz abgesehen davon, daß der Gläubiger dann, wenn der Erbe zur Herausgabe bereit ist, überhaupt keinen Vollstreckungstitel erhält, der ihn zur Inanspruchnahme eines Vollstreckungsorgans legitimieren würde, erhält er, wenn wir uns an das Zivilprozeßrecht halten, falls der Erbe seine Verpflichtung bestreitet, unter keinen Umständen ein Urteil, das geeignet wäre, den dem § 1973 zugrunde liegenden Gedanken zu verwirklichen."

Auf die Ausführungen Binders läßt sich erwidern, daß sie von unrichtigen Voraussetzungen ausgehen und daher auch zu unrichtigen Ergebnissen gelangen.

---

[1]) Protokolle, Bd. V, S. 777 ff., 797, 799.
[2]) Binder, Bd. II, S. 119.

Es ist richtig, daß die Protokolle[1]) und mit ihnen übereinstimmend die §§ 1973 und 1990 vom Nachlaßgläubiger verlangen, daß er sich aus dem Nachlaß im Wege der Zwangsvollstreckung, also auf Grund eines vollstreckbaren Titels befriedigen muß. Diese Vorschrift findet aber nur Anwendung in den Fällen der §§ 1973 und 1990, d. h. dann, wenn der Erbe auf Grund der Ausschließung des Gläubigers im Aufgebotsverfahren, bezw. auf Grund der Unzulänglichkeit des Nachlasses nur mit der Substanz des Nachlasses haftet und deshalb die Befriedigung des Nachlaßgläubigers aus seinem Eigenvermögen sowohl wie auch aus dem Nachlaß selbst, ablehnt, dem Gläubiger aber auch den Nachlaß nicht herausgeben will, damit dieser selber sich aus ihm befriedige, so daß dem Gläubiger, der einem so renitenten Erben gegenübersteht, nichts weiter übrigbleibt, als „sich erst einen vollstreckbaren Titel zu verschaffen, um auf die Gegenstände im Wege der Zwangsvollstreckung zu greifen".[2]) Die Befriedigung des Nachlaßgläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung, d. h. auf Grund eines vollstreckbaren Titels ist daher nicht notwendig, wenn der Erbe dem Gläubiger freiwillig den Nachlaß zum Zweck der Befriedigung zur Verfügung stellt. Ein vollstreckbarer Titel, z. B. eine guarantigiierte Urkunde, die der Erbe dem Gläubiger nach Maßgabe des § 794 Ziffer 5 Z. P. O. in diesem Falle ausstellt, ist allerdings zweckmäßig. Denn die Befriedigung erfolgt dann im Wege der Zwangsvollstreckung, der Wert des Nachlasses, soweit er versteigert ist, wird in einer für alle Beteiligten verbindlichen Weise festgestellt,[3]) so daß der Erbe und der Nachlaßgläubiger nicht zu befürchten brauchen, den noch nicht befriedigten Gläubigern wegen leichtsinniger Verwertung des Nachlasses verantwortlich zu werden.

Auf diesem Wege erlangt der Gläubiger, wenn der Erbe zur freiwilligen Hergabe des Nachlasses bereit ist, einen vollstreckbaren Titel, was vom Gesetz aber nicht verlangt wird. Ja er kann sogar gegen den zur Herausgabe bereiten Erben ein vollstreckbares Urteil erwirken, wenn er sich mit der guarantigiierten Urkunde nicht begnügen will. Freilich muß

---

[1]) Bd. V, S. 777 ff., 797, 799.
[2]) Protokolle, Bd. V, S. 799.
[3]) Jaeger, S. 7; Böhm, Erbrecht, S. 365; Mayer-Reis, S. 262, Anm. 6.

er dann, wenn der Erbe den Anspruch sofort anerkennt, trotz seines Obsiegens nach § 93 Z. P. O. die Prozeßkosten tragen, denn der Erbe hat ihm durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage keine Veranlassung gegeben.

So gelangen wir, wenn der Erbe zur freiwilligen Herausgabe des Nachlasses bereit ist, auf Grund materiellrechtlicher und zivilprozessualer Vorschriften zu einem der Ansicht Binders gerade entgegengesetzten Ergebnis. Binder sagt: Der Nachlaßgläubiger muß einen vollstreckbaren Titel haben, damit er sich aus dem Nachlaß befriedige, den vollstreckbaren Titel kann er aber nicht erlangen.

Wir sagen: Der Nachlaßgläubiger braucht keinen vollstreckbaren Titel, um sich aus dem Nachlaß zu befriedigen, er kann ihn aber erhalten.

Auf die Ausführungen Binders, daß, wenn der Erbe zur Herausgabe des Nachlasses verurteilt sei, der Nachlaßgläubiger zwar einen vollstreckbaren, aber zur Durchführung seiner Befriedigung nicht geeigneten Titel erhalte, ist folgendes zu erwidern:

Es ist nicht richtig, daß der Erbe nach § 1973 nur zur Herausgabe des Überschusses verpflichtet ist. Die Verpflichtung des Erben zur Herausgabe des Nachlasses ist nicht wörtlich aufzufassen, sie bedeutet, wie wir gesehen haben, die Verpflichtung zur Duldung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß.[1]) Wäre diese Ansicht Binders richtig, so hätte sie zur notwendigen Voraussetzung, daß sich der ursprüngliche Anspruch des Gläubigers gegen den Erben auf Leistung infolge der Ausschließung im Aufgebotsverfahren in einen Anspruch auf Herausgabe des Nachlaßüberschusses verwandelt. „Von einer ipso jure eintretenden Verwandlung des bisherigen Befriedigungsanspruchs des Gläubigers in einen Anspruch auf Überschußherausgabe kann aber“ — sagt Strohal[2]) mit Recht — „keine Rede sein, weil nach der Binderschen Auffassung der ausgeschlossene Gläubiger wegen Mangels eines Anspruchs auf Befriedigung seiner ursprünglichen Forderung einen die

---

[1]) Planck, Bd. V, S. 119; Staudinger, Bd. V, S. 156; R. G. R. K., Bd. II, S. 442 Nr. 8; Nauenberg, S. 49, 50; Schenk, S. 59; Strohal, Bd. II, S. 84, 85; Dernburg, Bd. V, S. 477, 492; Kretzschmar, S. 363; Oetker, S. 187; Hachenburg, S. 684.

[2]) Bd. II, S. 243.

Befriedigung auf dem vom Gesetz vorgeschriebenen Wege ermöglichenden Zwangsvollstreckungstitel überhaupt nicht erlangen kann. Es bleibt also dabei, daß der Anspruch des Gläubigers infolge des Ausschlusses im Aufgebotsverfahren seinen Charakter als Anspruch auf Befriedigung nicht verliert und daß die eingetretene Veränderung nur das ob und wie der Befriedigung betrifft." [1])

Aber selbst wenn man von den gegen Binder sprechenden Argumenten absieht und zu seinen Gunsten unterstellt, daß der Erbe den Nachlaß herausgeben muß, so ist der von ihm gezogene Schluß gleichwohl unzutreffend. Denn selbst bei wörtlicher Auslegung des § 1973 ist der Erbe nicht, wie Binder [2]) meint, lediglich zur Herausgabe des Überschusses, sondern zur Herausgabe des Überschusses „zum Zweck der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung" verpflichtet, was übrigens Binder [3]) an einer Stelle selber sagt. Der Nachlaßgläubiger kann also durchaus nicht nur auf Herausgabe des Überschusses klagen, keineswegs kann die Verurteilung nur so lauten, und mit nichten erreicht die Zwangsvollstreckung mit der Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher ihr Ende. Vielmehr würde bei der Annahme einer Herausgabepflicht des Erben der Nachlaßgläubiger klagen müssen auf Herausgabe des Nachlaßüberschusses zum Zweck seiner Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung, nur so würde die Verurteilung des Erben lauten müssen, und die Zwangsvollstreckung würde mit der Wegnahme der Nachlaßsachen durch den Gerichtsvollzieher nicht beendet sein, sondern sie würde dann erst beginnen. Denn das Urteil würde ja aussprechen, daß der Erbe den Nachlaßüberschuß herausgeben muß, damit sich der Gläubiger aus ihm im Wege der Zwangsvollstreckung befriedige. Auf Grund eines so lautenden vollstreckbaren Titels wäre der Gerichtsvollzieher sehr wohl imstande, die Befriedigung des Nachlaßgläubigers aus den von ihm auf Grund der §§ 803 ff. Z. P. O. gepfändeten Nachlaßsachen nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften zu betreiben.

---

[1]) Vergl. auch Schenk, S. 53; Nauenberg, S. 52.
[2]) Bd. II, S. 119.
[3]) Bd. II, S. 117.

Wir kommen somit auch dann, wenn der Erbe dem Nachlaßgläubiger den Nachlaß erst auf Grund seiner Verurteilung zur Verfügung stellt, damit er sich aus ihm im Wege der Zwangsvollstreckung befriedige, gleichfalls zu einem der Ansicht Binders entgegengesetzten Ergebnis.

Wenn Binder[1]) meint, der Nachlaßgläubiger könne allerdings den Nachlaßüberschuß pfänden und sich aus dem Erlös der versteigerten Sachen befriedigen, wenn er nicht auf Herausgabe, sondern auf Zahlung klage, dazu sei er aber nicht berechtigt und das sei ein ganz anderes Verfahren, als es der Verfasser des § 1973 im Auge gehabt habe, so sagen wir umgekehrt: Der Gläubiger kann nicht auf Herausgabe des Überschusses, er muß auf Zahlung klagen. Dieses Verfahren und die sich anschließende Pfändung und Versteigerung der Nachlaßsachen zwecks Befriedigung des Gläubigers steht mit der vom § 1973 getroffenen Regelung im Einklang.

Die Geltendmachung der Einrede aus § 1973 Abs. I Satz 1 hat also nach § 1973 Abs. II Satz 1 die Wirkung, daß der Erbe wegen der Forderung des ausgeschlossenen Nachlaßgläubigers die Zwangsvollstreckung in den Nachlaßüberschuß dulden muß, aber nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Für seine bisherige Verwaltung des Nachlasses ist der Erbe den ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern daher nicht nach den sonst geltenden scharfen Bestimmungen der §§ 1978—1980, sondern nur nach den milderen Vorschriften der §§ 812 ff. verantwortlich. Deshalb hat Jaeger[2]) recht, wenn er sagt, durch den Ausschluß der Nachlaßgläubiger werde die Erbenhaftung noch intensiver abgeschwächt, als in den normalen Fällen der Haftungsbeschränkung.

6. Herausgabe des Nachlaßüberschusses auf Grund der Haftung pro viribus hereditatis.

Einen ganz vereinzelten und sonderbaren Standpunkt nimmt Engländer[3]) ein.

a) Er sieht im § 1973 nur eine Haftungseinschränkung im wirtschaftlichen Sinn, spricht ihm aber die Wirkung einer

[1]) Bd. II, S. 119.
[2]) S. 11.
[3]) S. 54—59, 74—88.

juristisch-technischen Beschränkung der Haftung des Erben auf die Substanz des Nachlaßüberschusses ab. Das versucht er einmal mit dem Fehlen einer den §§ 1976, 1991 analogen Bestimmung im Falle des § 1973 und sodann mit der Unvereinbarkeit der Anwendung der Bereicherungsgrundsätze mit der Beschränkung der Erbenhaftung auf die Nachlaßsubstanz zu beweisen. Er meint,[1]) eine Haftungsbeschränkung im technischen Sinn trete nur durch Trennung des Nachlasses vom Privatvermögen des Erben ein, dies Moment fehle aber gerade beim § 1973. Und so stellt er dann die kühne, aber ganz unhaltbare Behauptung auf,[2]) die Haftung des Erben im Falle des § 1973 sei „eine persönliche, aber quantitativ beschränkte". Das ist aber nichts mehr und nichts weniger als die grundsätzliche Annahme der Haftung pro viribus hereditatis. Diese ist aber, wie wir später im § 5 der Darstellung noch sehen werden, nur ausnahmsweise in dem einen Fall bei der Ausübung des Abfindungsrechts nach Maßgabe des § 1973 Abs. II Satz 2 zugelassen, sonst ist das Prinzip der Haftung cum viribus hereditatis im § 1973 streng durchgeführt.[3])

b) In Konsequenz seiner falschen Voraussetzung kommt Engländer[4]) dann auch zu dem ganz unrichtigen Schluß, „daß die Einrede überhaupt nur dann Platz greift, wenn der Wert der ausgeschlossenen Forderung größer ist, als der Wert des Überschusses, bezw. gleich diesem Werte. Ist der Wert der Forderung geringer, so hat der Erbe die Einrede gar nicht; dann kann er eben die Befriedigung des ausgeschlossenen Nachlaßgläubigers nicht verweigern, denn der Nachlaß wird nicht so erschöpft, daß daraus nicht noch der ausgeschlossene Gläubiger befriedigt werden könnte. Der ausgeschlossene Gläubiger in diesem Falle unterscheidet sich also praktisch in keiner Weise von einem gewöhnlichen, nicht ausgeschlossenen Gläubiger". Diese verfehlten Ergebnisse Engländers lassen sich überhaupt nur begreifen, wenn man sie vom Standpunkt der Haftung pro viribus hereditatis betrachtet. Engländer verkennt vollständig, daß der Erbe auch im Falle des § 1973 imstande ist, „zwar nicht allgemein, aber doch dem betreffenden

[1]) Engländer, S. 55.
[2]) Engländer, S. 59.
[3]) R. G. R. K., Bd. II, S. 436 Nr. 2.
[4]) S. 82.

Gläubiger gegenüber die Absonderung des Nachlasses von seinem eigenen Vermögen durchzuführen und zu erreichen, daß er nur cum viribus hereditatis haftet".[1])

IV. Durchführung der Befriedigung des ausgeschlossenen Nachlaßgläubigers.

1. Die erzwungene Befriedigung des Gläubigers.

Auf Grund der Verurteilung des Erben in dem von uns erörterten Sinn des § 1973 Abs. II, wonach der Erbe wegen der dem ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger zustehenden Forderung die Zwangsvollstreckung in die von ihm zu bezeichnenden Nachlaßgegenstände zu dulden hat, erfolgt die Befriedigung des Gläubigers durch Versilberung des Nachlasses nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung. Soweit es zur Befriedigung des Gläubigers notwendig ist, werden die beweglichen Sachen gepfändet und versteigert, die Forderungen gepfändet und dem Gläubiger überwiesen, die Grundstücke im Wege der Zwangsversteigerung veräußert.[2]) Aus dem Erlöse wird der Gläubiger in Höhe seiner Forderung befriedigt. Er darf sich weder selber aus den Nachlaßgegenständen befriedigen, noch dieselben behalten; einen Überschuß hat er dem Erben zurückzugeben.[3]) Als Grund für diese Gestaltung der Befriedigung des Nachlaßgläubigers kommt nach Jaeger lediglich die Rücksichtnahme des Gesetzes auf das Interesse des Erben in Frage. Denn „die Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung stellt" — so führt Jaeger[4]) aus, „den Wert der herausgegebenen Nachlaßgegenstände in einer für die Gläubiger verbindlichen Weise fest und befreit damit den Erben von der Gefahr, mit jedem einzelnen Gläubiger über den Betrag dieses Wertes prozessieren zu müssen".[5])

Andererseits betont Binder[6]) im Gegensatz zu Jaeger, daß der Erbe durch die Herausgabe von allen Nachlaßschulden befreit werde und keine Verantwortung wegen der Herausgabe

---

[1]) R. G. R. K., Bd. II, S. 436 Nr. 2.

[2]) Hachenburg, S. 684; Kretzschmar, S. 363.

[3]) Eck, Bd. III, S. 35, Binder, Bd. II, 124.

[4]) S. 7.

[5]) Böhm, Erbrecht, S. 365; Mayer-Reis, S. 262, Anm. 6; Engländer, S. 64.

[6]) Bd. II, S. 124.

zu befürchten habe. Gleichwohl findet auch er den Grund für die von § 1973 Abs. II verlangte Befriedigung des Gläubigers nach den Vorschriften der Zwangsvollstreckung in der Notwendigkeit des Schutzes, den das Gesetz dem Interesse des Erben, aber auch dem Interesse der anderen ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger angedeihen lassen muß. „Denn es handelt sich — sagt er a. a. O. — „um eine möglichst gute Verwertung des Nachlasses. Die Zweckbestimmung soll verhindern, daß der Gläubiger die Versilberung des Überschusses leichtfertig betreibe".

Ob nun das Gesetz die nach Maßgabe der §§ 1973 und 1990 geregelte Befriedigung des Nachlaßgläubigers aus dem von Jaeger oder dem von Binder angegebenen Grunde gestaltet hat, kann dahingestellt bleiben. Denn jedenfalls sind die von beiden Autoren herausgestellten Vorteile für den Erben und die andern ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger die Folgen der Befriedigung des Nachlaßgläubigers, die nach dem Gesetz nach den Vorschriften für die Zwangsvollstreckung zu geschehen hat. Das Ergebnis unserer Auslegung der §§ 1973 und 1990 entspricht, verglichen mit den beiden Alternativen, die der zweideutige Wortlaut des Gesetzes in sich birgt, wenn man sie wörtlich versteht, zwar keiner von beiden Möglichkeiten. Fassen wir aber, wie es hier geschehen ist, die Herausgabepflicht des Erben nicht wörtlich auf, lassen wir sie in der Verpflichtung des Erben aufgehen, die Zwangsvollstreckung des Nachlaßgläubigers wegen der ihm zustehenden Forderung in die von ihm — dem Erben zu bezeichnenden Nachlaßgegenstände zu dulden,[1]) so entspricht, wenn man die Herausgabepflicht so versteht, die hier gegebene Erklärung der zweiten Alternative: „Der Erbe hat den Nachlaß herauszugeben, damit der Gläubiger sich aus demselben im Wege der Zwangsvollstreckung befriedige."[2])

2. Die freiwillige Befriedigung des Gläubigers.

Die §§ 1973 und 1990 verlangen aber vom Erben keineswegs, wie zuweilen behauptet wird,[3]) daß er einen ausgeschlossenen

---

[1]) Planck, Bd. V, S. 119; Strohal, Bd. II, S. 84, 85; Staudinger, Bd. V, S. 159; R. G. R. K., Bd. II, S. 442 Nr. 8; Nauenberg, S. 49, 50; Kretzschmar, S. 363; Schenk, S. 59; Dernburg, Bd. V, S. 477, 492.

[2]) Jaeger, S. 7.

[3]) Hellwig, S. 230, Anm. 41; Wendt, S. 382; Wilke, S. 44.

Nachlaßgläubiger, bezw. im Falle des ärmlichen Nachlasses jeden Nachlaßgläubiger nur im Prozeßwege befriedigen darf.[1]) Das ist nur nötig, wenn die Begründetheit der Forderung nicht feststeht. Im Falle der Liquidität jedoch würde im Gegenteil der Erbe pflichtwidrig handeln, wenn er es auf einen Prozeß ankommen ließe. Er würde sich wegen der Prozeßkosten den andern noch nicht befriedigten Nachlaßgläubigern, welche mit ihren Forderungen aus dem Nachlaß nicht gedeckt werden, ersatzpflichtig machen.[2]) Der Erbe darf den Gläubiger aus dem Nachlaß bei liquider Forderung also nicht nur im Wege der Zwangsvollstreckung, sondern auch freiwillig befriedigen.[3])

Wenn nun aber Eck[4]) meint: „Natürlich braucht der Erbe es nicht zum Prozeß oder zur Zwangsvollstreckung kommen zu lassen, sondern er kann auch in Güte den Überschuß herausgeben", so gilt das nicht schlechthin und bedingungslos.

Vielmehr wird bei Begründetheit der Forderung der Erbe, wenn er den Nachlaßgläubiger aus dem Nachlaß ohne Prozeß befriedigen, aber den noch nicht befriedigten Nachlaßgläubigern wegen des sich etwa hieraus ergebenden Mindererlöses aus dem Nachlaßüberschuß nicht verantwortlich werden will, die Befriedigung auf folgende Weise durchführen:

a) Er kann dem Nachlaßgläubiger eine den Erfordernissen des § 794 Ziffer 5 Z. P. O. entsprechende vollstreckbare Urkunde ausstellen, in der er sich wegen der Forderung der sofortigen Zwangsvollstreckung in die einzeln von ihm zu bezeichnenden Nachlaßgegenstände unterwirft.[5]) Hierdurch wird das Prozeßstadium übersprungen, der Nachlaßgläubiger erhält einen vollstreckbaren Titel, auf Grund dessen die Befriedigung aus dem Nachlaß nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften vor sich geht, und der Wert des Nachlasses wird in einer für alle Beteiligten verbindlichen Weise festgestellt.[6])

---

[1]) Böhm, Erbrecht, S. 365, 378; Rspr. D. O. L. G., Bd. 11, S. 227; Engländer, S. 62, Anm. 1.

[2]) Kretzschmar, S. 427, Anm. 18.

[3]) Planck, Bd. V, S. 113a; R. G. R. K., Bd. II, S. 442 Nr. 7; Matthiaß, S. 764.

[4]) Eck, Bd. III, S. 35.

[5]) Kretzschmar, S. 364, 427.

[6]) Jaeger, S. 7.

b) Die Befriedigung des Nachlaßgläubigers aus dem Nachlaß erfolgt ohne vollstreckbaren Titel nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Regeln. Das wird aber nur bei beweglichen Sachen möglich sein, mit denen der Gerichtsvollzieher zwar nicht als Vollstreckungsorgan, aber doch als eine zur Vornahme einer öffentlichen freiwilligen Versteigerung ermächtigte Person auf Grund eines ihm vom Erben und vom Nachlaßgläubiger erteilten Auftrages nach den Regeln der Zwangsvollstreckung verfahren wird. Bei Nachlaßforderungen, Nachlaßgrundstücken und solchen Nachlaßrechten, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten — §§ 828 ff, §§ 864 ff Z. P. O., § 1 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung — versagt allerdings dieser Weg. Denn da weder ein vollstreckbarer Titel, noch ein Ausnahmefall vorliegt, in welchem das Erfordernis eines vollstreckbaren Titels nicht nötig ist — Zw. Verst. Ges. §§ 172 bis 184 —, wird das zuständige Vollstreckungsgericht seine Mitwirkung versagen müssen.

c) Der Erbe überläßt dem Nachlaßgläubiger an Zahlungsstatt bestimmte Nachlaßgegenstände[1]) oder er befriedigt ihn unmittelbar durch Zahlung, wenn der Nachlaß auch aus Geld besteht.[2])

„Allerdings braucht der Nachlaßgläubiger" — sagt Dernburg[3]) zutreffend — „das Angebot von anderen Nachlaßwerten als Geld nicht anzunehmen. Er kann dann auf Prozeß, Verurteilung und eventuelle Zwangsversteigerung des Nachlaßrestes bestehen. Dies wird aber nicht vorkommen, denn der eigensinnige Nachlaßgläubiger würde Gefahr laufen, daß der Erbe andere ausgeschlossene Nachlaßgläubiger mit jenen Werten befriedigte, und daß er dann das Nachsehen hätte!" Hierbei sind aber die §§ 1973 und 1990 gesondert zu betrachten.

Im Falle des § 1973 darf der Erbe, solange er vom Vorhandensein noch anderer unbefriedigter Nachlaßgläubiger nichts weiß, diese Art der Befriedigung wählen, ohne für die Differenz zwischen Übernahmepreis und dem etwa höheren wirklichen Wert aufkommen zu müssen, denn er haftet den aus-

---

[1]) R. G. R. K., Bd. II, S. 442 Nr. 7.
[2]) Dernburg, Bd. V, S. 478; Kretzschmar, S. 364.
[3]) Bd. V, S. 479.

geschlossenen Nachlaßgläubigern nur in Höhe seiner Bereicherung aus dem Nachlaß.[1])

Sowie der Erbe aber erfährt, daß noch andere ausgeschlossene Gläubiger vorhanden sind, darf er nicht mehr Nachlaßgegenstände an Zahlungsstatt überweisen, wenn er die Haftung für die etwaige Differenz zwischen Übernahmepreis und höherem Wert vermeiden will. Denn nach § 819 Abs. I in Verbindung mit § 818 Abs. IV haftet der Erbe von diesem Zeitpunkt ab nicht mehr nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, sondern nach den allgemeinen Vorschriften.[2]) Die gleiche Verantwortlichkeit für die Differenz wie im Fall des § 1973 bei Kenntnis des Erben vom Vorhandensein noch weiterer ausgeschlossener Nachlaßgläubiger trifft den Erben im Falle des § 1990 schlechthin, ohne daß es hierbei auf die Kenntnis des Erben ankommt. Denn § 1990 hat nicht die abschwächende Bestimmung des § 1973, daß der Erbe den Nachlaß nur nach den Vorschriften über die Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung herauszugeben hat. Der Erbe haftet nach § 1990 also ohne weiteres den noch nicht befriedigten Nachlaßgläubigern für die sich aus dem Übernahmepreis und dem höheren wahren Wert der Nachlaßgegenstände ergebende Differenz. „Das Gesetz verbietet“ — sagt Jaeger[3]) im gleichen Sinn — „dem Erben die Herausgabe an einen Gläubiger ohne Vollstreckungstitel nicht. Allein der Erbe riskiert, wenn er das tut, daß ihn andere Gläubiger mit der Behauptung belangen, der zuerst Befriedigte habe mehr als den Betrag seiner Forderung erhalten, der Nachlaß sei also noch nicht erschöpft.“

§ 5.

Das Abfindungsrecht des Erben.

I. Das Abfindungsrecht in materiellrechtlicher Beziehung.

1. Der Inhalt des § 1973 ist mit der im Abs. I dem Erben gewährten Einrede der außergewöhnlichen Beschränkung der Haftung auf die Nachlaßsubstanz und ihrer im Abs. II Satz 1

[1]) Dernburg, Bd. V, S. 479 und Anm. 20.
[2]) Kretzschmar, S. 364 und die dort in Anm. 15 Zitierten.
[3]) S. 7.

behandelten Wirkung noch nicht erschöpft. Denn der § 1973 bestimmt im Abs. II Satz 2 weiter, daß der Erbe die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlaßgegenstände durch Zahlung des Wertes abwenden kann. Dieses Recht, das sogenannte „Abfindungsrecht“,[1]) „Einlösungsrecht“[2]) oder „Auslösungsrecht“[3]) gibt dem Erben die facultas alternativa, seine Haftung cum viribus in eine Haftung pro viribus hereditatis zu verwandeln.[4]) Übt der Erbe dieses Recht gegenüber einem bestimmten ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger aus, so verwandelt sich diesem gegenüber seine bisher auf die Nachlaßsubstanz beschränkte Haftung in relativ unbeschränkte, aber durch den Wertbetrag des Nachlaßgegenstandes, an dem das Abfindungsrecht verwirklicht wird, begrenzte Haftung. Was im Falle des § 1973 Ab. II Satz 2 sich als eine facultas alternativa, als ein Recht des Erben darstellt, ist im Falle des § 1973 Abs. II Satz 1 in Verbindung mit § 818 Abs. II eine Pflicht des Erben: kann der Erbe den Nachlaßüberschuß nicht herausgeben, so muß er dem ausgeschlossenen Gläubiger den entsprechenden Wert zur Verfügung stellen, damit sich dieser aus ihm wegen seiner Forderung befriedigt.

2. Die Gewährung des Abfindungsrechts an den Erben gegenüber einem im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger ist zwar eine Durchbrechung des sonst streng durchgeführten Prinzips der Haftung cum viribus hereditatis, hat aber, bei Lichte besehen, sachlich die gleiche Wirkung, wie die Durchführung jenes Prinzipes in der Form der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß. Denn die Ausübung des Abfindungsrechts ist nur eine vorweg genommene Zwangsvollstreckung. Der Gläubiger erhält ohne Zwangsvollstreckung dasselbe, was er durch sie erhalten würde, nämlich Befriedigung, insoweit dieselbe auf Grund des an ihn gezahlten Wertbetrages, bezw. des Erlöses aus der Zwangsvollstreckung möglich ist.

3. Bei der Gewährung des Abfindungsrechts im Falle des § 1973 Abs. II Satz 2 ließ sich der Gesetzgeber von der Er-

---

[1]) Planck, Bd. V, S. 117 d; Kretzschmar, S. 364.

[2]) R. G. R. R., Bd. II, S. 443 Nr. 9.

[3]) Heilfron, Bd. IV, S. 457.

[4]) Planck, Bd. V, S. 117 d; Staudinger, Bd. V, S. 159 d; Nauenberg, S. 41; Schenk, S. 74, 77, 78.

wägung leiten,[1]) es handle sich um Gläubiger, die ihre Forderungen nicht angemeldet hätten und diesen Gläubigern gegenüber verdiene der Erbe einen besonderen Schutz nach der Richtung hin, daß ihm gestattet werde, die Herausgabe durch Bezahlung des Wertes abzuwenden. Auch die Billigkeitserwägung wirkte mit,[2]) die Nachteile zu berücksichtigen, die sich für den Erben unter Umständen aus der Zwangsvollstreckung in den Nachlaßüberschuß, die ja ein Ausscheiden der von ihr erfaßten Gegenstände aus dem Vermögen des Erben zur Folge haben, ergeben können. So trägt denn das Abfindungsrecht sowohl der Billigkeit, wie auch dem Gefühl der Pietät Rechnung. Denn der Erbe „kann Nachlaßgegenstände, die ihm teuer geworden sind, so Familiensachen, die lediglich für ihn einen Affektionswert haben, behalten".[3]) Gegenüber dieser Regelung im § 1973 und der Gewährung des Abfindungsrechts in den §§ 1477 und 1992 ist es auffallend, daß dem Erben im Falle des ärmlichen Nachlasses nach § 1990, auf den doch die angegebenen Gründe nicht weniger zutreffen, das Abfindungsrecht versagt ist, zumal „ein großer Teil, wohl die Mehrzahl der deutschen Bevölkerung vorzugsweise von der Arbeit des Tages lebt und nur geringen Besitz hinterläßt".[4]) Zweifellos wäre im Falle des ärmlichen Nachlasses mit der Gewährung des Abfindungsrechts an den Erben auch den Interessen der Nachlaßgläubiger gedient. Denn der Erbe würde aus Pietät und Anhänglichkeit an die ihm lieb gewordenen Nachlaßstücke in den meisten Fällen als Wert mehr zahlen, als bei einer Zwangsversteigerung eines dürftigen Nachlasses herauskommen wird.

4. Die Festsetzung des Wertes erfolgt durch Schätzung, wenn der Erbe und der betreffende ausgeschlossene Gläubiger sich über ihn einigen, andernfalls im Prozeßwege durch Urteil. Zugrunde zu legen ist der gemeine Verkaufswert der Sache,[5]) und zwar zur Zeit der Ausübung der facultas alternativa[6])

[1]) Protokolle, Bd. V, S. 773.
[2]) Denkschrift, S. 271.
[3]) Schenk, S. 76.
[4]) Dernburg, Bd. V, S. 490 I.
[5]) Staudinger, Bd. V, S. 160 d; Nauenberg, S. 41.
[6]) Planck, Bd. V, S. 117 d; Staudinger, Bd. V, S. 160 d; R. G. R. K., Bd. II, S. 443 Nr. 9; Strohal, Bd. II, S. 242, Anm. 21 a; Nauenberg, S. 41.

und nicht zur Zeit der Pfändung, was Dernburg[1]) annimmt. Denn für die Ausübung des Abfindungsrechts ist nicht Voraussetzung, daß der ausgeschlossene Gläubiger den Erben verklagt oder daß schon die Zwangsvollstreckung droht oder begonnen hat.[2]) Deshalb ist es nicht richtig, wenn Schenk[3]) meint, das Abfindungsrecht komme nur bei der Zwangsvollstreckung in Betracht, es betätige sich nur gegenüber dem Vollstreckungsorgan, um die drohende Zwangsvollstreckung abzuwenden. Die Unhaltbarkeit dieses Standpunktes ergibt sich schon ohne weiteres von selber, wenn man sich seine Konsequenzen vergegenwärtigt. Die Ausübung des Abfindungsrechts wäre ohne vorhergehenden Prozeß und ohne Verurteilung des Erben gar nicht möglich, es müßten erst unnütze Kosten entstehen, die den Nachlaßüberschuß verringern, wofür der Erbe, wenn die Forderung von Anfang an liquide war, den anderen ausgeschlossenen, nicht befriedigten Gläubigern aus seinem Eigenvermögen Ersatz zu leisten hätte. Auch könnte das Abfindungsrecht nicht gegenüber dem Gläubiger, selbst wenn er sogar schon einen vollstreckbaren Titel hat, erfolgen, sondern nur gegenüber dem Vollstreckungsorgan, wenn also die Zwangsvollstreckung erst wirklich erfolgen soll.

5. Beweispflichtig für die Höhe des Wertes ist im Streitfalle der Erbe.[4]) Denn das Abfindungsrecht ist ja ein Gegenrecht des Erben, eine Einrede, deren sämtliche Voraussetzungen, wenn sie vom Kläger bestritten werden, nach den für die Verteilung der Beweislast geltenden Grundsätzen derjenige, der sich auf sie beruft, hier also der Erbe zu beweisen hat. Für die Ermittelung des Wertes sind die im Inventar enthaltenen Wertangaben — § 2001 — nicht maßgebend,[5]) denn die nach Maßgabe des § 2009 eintretende gesetzliche Vermutung bezieht sich nur auf die Nachlaßaktiva, aber nicht auf ihren Wert und auch nicht auf die Nachlaßverbindlichkeiten.[6]) Ist somit die im Inventar enthaltene Wertangabe für den Prozeßrichter nicht bindend, so wird er sie doch nach den Grundsätzen der freien

---

[1]) Bd. V, S. 480 IX.
[2]) Planck, Bd. V, S. 117 d.
[3]) S. 77.
[4]) Staudinger, Bd. V, S. 159, 160 d.
[5]) R. G. R. K., Bd. II, S. 443 Nr. 9.
[6]) Staudinger, Bd. V, S. 250 Nr. 2 zu § 2009; Schenk, S. 80.

Beweiswürdigung bei der Ermittelung des Wertes des Nachlaßüberschusses berücksichtigen.[1])

6. Die Ausübung des Abfindungsrechts ist von rechtlicher Bedeutung sowohl für das Verhältnis des Erben zum ausgeschlossenen Gläubiger, dem gegenüber das Abfindungsrecht ausgeübt wird, als auch für seine Beziehungen zu den anderen noch nicht befriedigten ausgeschlossenen Gläubigern.

a) Was das Verhältnis des Erben zum Gläubiger betrifft, dem gegenüber das Abfindungsrecht realisiert wird, so hat die Ausübung desselben zur Folge, daß, soweit der Erbe je nach dem Wertbetrage des in Frage kommenden Gegenstandes auf die Forderung zahlt, die Forderung in Höhe der geleisteten Zahlung erlischt.[2]) Soweit der Gläubiger nicht befriedigt wird, bleibt seine Forderung bestehen. Nur wird er sie mangels Nachlaßüberschusses nicht mehr realisieren können, weil ihm ja der Erbe nach § 2013 Abs. I Satz 2 nicht mehr persönlich haftbar werden kann. Die Ausübung des Abfindungsrechts hat ferner zur Folge, daß ohne Rücksicht darauf, ob der betreffende Gläubiger ganz oder nur teilweise befriedigt wird, der Gegenstand, an welchem das Abfindungsrecht ausgeübt wurde, der Zwangsvollstreckung entzogen wird.[3]) Das bedeutet aber nicht, daß dieser eingelöste Nachlaßgegenstand nicht noch von anderen ausgeschlossenen Gläubigern mittelst Zwangsvollstreckung angegriffen werden könnte. Denn durch die Ausübung des Abfindungsrechtes wird der betreffende Gegenstand nur der Zwangsvollstreckung des betreffenden Gläubigers entzogen, aus dem Nachlaß als Sondervermögen scheidet er nicht aus. Deshalb können andere, noch nicht befriedigte ausgeschlossene Gläubiger, solange der Nachlaß nicht erschöpft ist, die Zwangsvollstreckung in den Nachlaßüberschuß also auch in den vom Erben bereits ausgelösten Gegenstand richten. Will der Erbe durch die Ausübung des Abfindungsrechts erreichen, daß der eingelöste Gegenstand ihm dauernd verbleibt, so wird er, sei es durch Zahlung aus seinem Eigenvermögen, sei es durch wiederholte Ausübung des Abfindungsrechts, die Forderungen der anderen aus-

[1]) Planck, Bd. V; S. 118; Kretzschmar, S. 364; Protokolle, Bd. V, S. 782, 783.

[2]) R. G. R. K., Bd. II, S. 443 Nr. 9.

[3]) Planck, Bd. V, S. 118.

geschlossenen Gläubiger bis zur Wertgrenze des Nachlaßüberschusses befriedigen müssen. Erst dann ist der Nachlaß erschöpft, ein Nachlaßüberschuß nicht mehr vorhanden und weiteren ausgeschlossenen Gläubigern die Möglichkeit entzogen, gegen den Erben vorzugehen.

b) Was die Einwirkung des Abfindungsrechtes auf das Verhältnis des Erben zu den anderen ausgeschlossenen Gläubigern anlangt, so kann er ihnen den Betrag der Zahlung als Aufwendung, als einen den Nachlaßüberschuß mindernden Passivposten in Rechnung stellen.[1]) Die Ausübung des Abfindungsrechts, das ja, wie wir schon bemerkt haben, nur eine vorweggenommene Zwangsvollstreckung ist, hat dieselbe Wirkung, wie die erfolgte Zwangsvollstreckung. Soweit Zahlung erfolgt, tilgt sie die geltend gemachte Forderung und vermindert den Nachlaßüberschuß.

II. Die prozessuale Geltendmachung des Abfindungsrechts.

Der Wortlaut des § 1973 Abs. II Satz 2 legt die Annahme nahe, daß der unter dem Vorbehalt der beschränkten Haftung verurteilte Erbe sein Abfindungsrecht auch noch nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils, daß er es auch noch, solange die Zwangsvollstreckung in den Nachlaßüberschuß nicht beendet ist, im Vollstreckungsstadium ausüben kann.[2]) Das ist aber aus folgender Erwägung nicht ausnahmslos richtig.

Nehmen wir an, der Erbe ist rechtskräftig verurteilt, wegen der dem Nachlaßgläubiger zustehenden Forderung die Zwangsvollstreckung in die einzelnen Nachlaßgegenstände zu dulden,[3]) oder, was sachlich dasselbe ist, den Gläubiger bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß in voller Höhe seiner Forderung zu befriedigen.[4]) Die Zwangsvollstreckung droht oder sie hat schon begonnen. Der Erbe will jetzt von seinem Abfindungsrecht Gebrauch machen, d. h. eine gerichtliche Entscheidung erwirken, daß gegen Zahlung des Wertes des Nachlaßüberschusses an den Gläubiger die Zwangsvollstreckung

[1]) R. G. R. K., Bd. II, S. 443 Nr. 9.

[2]) Vergl. Planck, Bd. V, S. 117 d.

[3]) Strohal, Bd. II, S. 84, 85; Dernburg, Bd. V, S. 477, 492; Kretzschmar, S. 363.

[4]) Dernburg, Bd. V, S. 477.

aus dem Urteil unzulässig sei,[1]) und wenn sie bereits begonnen hat, daß sie außerdem aufgehoben werde.[2]) Seine Einwendung richtet sich gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst, sie kann daher nur nach Maßgabe des § 767 Z. P. O. mit der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden. Diese Klage ist aber nach § 767 Z. P. O. unzulässig, denn sie stützt sich auf das dem Erben nach § 1973 Abs. II Satz 2 zustehende Abfindungsrecht, also auf einen Grund, der schon vor der Urteilsfällung entstanden ist und den der Erbe daher schon während des Hauptprozesses hätte geltend machen müssen. Folglich hat jetzt der Erbe kein Mittel mehr, die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß zu verhindern, es sei denn, daß er den Nachlaßgläubiger vollständig befriedigt. Der Erbe muß sich also sein Abfindungsrecht, wenn er es nicht endgültig verlieren will, schon im Hauptprozeß im Urteil ausdrücklich vorbehalten lassen. Nur dann ist er imstande, sein materiellrechtliches Abfindungsrecht entsprechend den prozessualen Bestimmungen auch nach seiner Verurteilung zur Befriedigung des ausgeschlossenen Gläubigers auszuüben.

Der bloße Blankettvorbehalt der beschränkten Haftung nach § 780 Z. P. O. oder der den Erfordernissen des § 1973 Abs. I Satz 1 sachlich entsprechende Vorbehalt im Urteil, wonach der Erbe verurteilt wird, „unter Wahrung seines Rechtes, die Zahlung verweigern zu können, soweit sich nicht ein Überschuß ergibt“,[3]) schützt den Erben wohl gegen persönliche Inanspruchnahme, ist aber mangels weiteren Vorbehalts des Abfindungsrechts zur Ausübung desselben nicht ausreichend.

Den gleichen Standpunkt scheint Staudinger[4]) zu vertreten, wenn er, freilich ohne Begründung, bemerkt: „In jedem Rechtsstreit auf Grund des § 1973 wird dem Erben die Alternative der Zahlung des Wertes, der ebenfalls im Urteil zu bestimmen ist, frei zu lassen sein.“ Diese Formulierung trägt zwar der Notwendigkeit des Vorbehalts des Abfindungsrechtes im Urteil Rechnung, geht aber in zwei Punkten zu weit. Einmal ist es nicht notwendig, daß der Wert schon im Urteil bestimmt wird. Ebenso wie der bloße Blankettvorbehalt des § 780 Z. P. O. für

[1]) Heilfron, Z. P. O., Bd. II, S. 190.
[2]) Staudinger, Bd. V, S. 160 d.
[3]) Matthiaß, S. 764.
[4]) Bd. V, S. 160 d.

die Geltendmachung der beschränkten Haftung, sofern nur die Ausschließung der Gläubiger noch vor Beendigung der Zwangsvollstreckung erfolgt, genügt, ebenso muß analog der bloße Vorbehalt des Abfindungsrechts zur Ausübung desselben im Vollstreckungsstadium ausreichen. Die Festsetzung des Wertes muß dann erforderlichenfalls in einem neuen Prozesse erfolgen.

Was den zweiten Punkt betrifft, so ist das Abfindungsrecht des Erben vom Richter nicht schon auf Grund des Vorbehalts der beschränkten Haftung im Urteil mit zu berücksichtigen. Vielmehr muß der Erbe, da es sich um ein Recht handelt, das er nach Belieben ausübt, erst noch beantragen, daß es ihm neben der beschränkten Haftung vorbehalten wird.

§ 6.

Das Präventionsprinzip des § 1973.

Der § 1973 enthält außer der Einrede der beschränkten Haftung im Abs. I Satz 1 und außer dem im Abs. II Satz 2 bestimmten Abfindungsrecht noch das Präventionsprinzip. Er bestimmt im Abs. II Satz 3: „Die rechtskräftige Verurteilung des Erben zur Befriedigung eines ausgeschlossenen Gläubigers wirkt einem andern Gläubiger gegenüber wie die Befriedigung.“ Die Bedeutung dieser Vorschrift zeigt sich einmal im Verhältnis des Erben zu den ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern, sodann im Verhältnis der Gläubiger untereinander.

I. Der Einfluß des Präventionsprinzips auf das Verhältnis des Erben zu dem seine Forderung geltend machenden ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger.

Dieser Einfluß äußert sich darin, daß die rechtskräftige Verurteilung des Erben zur Befriedigung eines ausgeschlossenen Gläubigers in Ansehung des Nachlaßüberschusses wie eine vorweggenommene Befriedigung dieses Gläubigers behandelt wird. Als Nachlaßüberschuß stellt sich also für einen späteren ausgeschlossenen Gläubiger, der nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils des ersten ausgeschlossenen Gläubigers den Erben aus dem Nachlaß in Anspruch nimmt, nicht der ganze tatsächlich noch vorhandene Nachlaßüberschuß, sondern nur ein solcher dar, wie er sein würde, wenn der erste ausgeschlossene

Gläubiger auf Grund des von ihm erstrittenen rechtskräftigen Urteils sich aus dem Nachlaßüberschuß befriedigt hätte. „Bei Beurteilung der Frage, ob ein Überschuß vorhanden sei, wird es so angesehen, als wären die noch vorhandenen Nachlaßgegenstände, soweit erforderlich, bereits zur Befriedigung der mit rechtskräftigem Urteil versehenen Gläubiger verwendet.“ [1]) Der Erbe darf daher, wenn er sich dem ausgeschlossenen Gläubiger, der bereits ein rechtskräftiges Urteil besitzt, für einen etwaigen Ausfall nicht persönlich haftbar machen will, einem Hintermann trotz seines gleichfalls rechtskräftigen Urteils den Zugriff auf den Nachlaß erst gestatten, nachdem sich sein Vormann aus dem Nachlaßüberschuß befriedigt hat. Die nachfolgenden Gläubiger können sich also nur an die bei Beginn der Zwangsvollstreckung tatsächlich noch vorhandenen Nachlaßgegenstände halten.[2])

II. Der Einfluß des Präventionsprinzips auf das Verhältnis der ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger untereinander.

Im Verhältnis der ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger untereinander bedeutet die Vorschrift des § 1973 Abs. II Satz 3, daß, wie schon bemerkt, der Nachlaßüberschuß für die Befriedigung desjenigen ausgeschlossenen Nachlaßgläubigers reserviert bleibt, der zuerst gegen den Erben ein rechtskräftiges Urteil erlangt hat und daß andere ausgeschlossene Gläubiger, die erst nach ihm rechtskräftige Urteile gegen den Erben erwirkt haben, nach der zeitlichen Reihenfolge ihrer Urteile ihren Zugriff auf den Nachlaßüberschuß erst dann nehmen dürfen, wenn ihr Vormann sich aus dem Nachlaßüberschuß im Wege der Zwangsvollstreckung befriedigt hat. Denn auf Grund seines rechtskräftigen Urteils erlangt der ausgeschlossene Gläubiger vor den andern Gläubigern einen Vorrang.[3]) Der sonst allgemein geltende Satz: „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst“ [4]) erfährt hier eine gewisse Veränderung. Das sonst zulässige Wettrennen der Gläubiger um die Priorität der Zwangsvollstreckung ist hier umgewandelt in ein Wettrennen

[1]) R. G. R. K., Bd. II, S. 443 Nr. 10.
[2]) R. G. R. K., Bd. II, S. 442 Nr. 6.
[3]) R. G. R. K., Bd. II, S. 443 Nr. 10.
[4]) Eck, Bd. III, S. 35.

um die Priorität der Rechtskraft des Urteils. Es gilt somit hier auch das Präventionsprinzip,[1]) aber nicht „eine Prävention des Indiehandbekommens, sondern eine Prävention des rechtskräftigen Urteils".[2])

Dieses besondere Präventionsprinzip ist aber nicht etwa so zu verstehen, als ob der ausgeschlossene Nachlaßgläubiger schon vom Zeitpunkt der Klageerhebung an ein durch die Erlangung eines rechtskräftigen Urteils aufschiebend bedingtes Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Nachlaß erworben hätte, so daß anderen ausgeschlossenen Gläubigern, die nach seiner Klageerhebung gegen den Erben vorgehen, der Zugriff in den Nachlaß während der Dauer seines Prozesses versagt wäre. Diese rückwirkende Kraft hat die rechtskräftige Verurteilung des Erben nicht, das rechtskräftige Urteil wirkt nach dieser Richtung nicht ex tunc, sondern nur ex nunc.

Das Präventionsprinzip des rechtskräftigen Urteils wirkt erst vom Eintritt der Rechtskraft ab. Es wird illusorisch, wenn bis dahin weitere ausgeschlossene Gläubiger sich auf Grund anderer im § 794 Z. P. O. aufgeführter vollstreckbarer Titel im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Nachlaß befriedigen oder wenn sie, ohne im Besitze vollstreckbarer Titel zu sein, vom Erben freiwillig aus dem Nachlaß befriedigt werden. In diesen Fällen gilt das gewöhnliche Präventionsprinzip des „Indiehandbekommens": „Wer zuerst kommt, der mahlt zuerst."[3])

Anderseits steht es, wenn der Erbe von mehreren ausgeschlossenen Gläubigern gleichzeitig in Anspruch genommen wird, in seinem Belieben, in welcher Reihenfolge er sie befriedigen will.[4]) Der Erbe kann hiernach den einen Gläubiger vor dem andern bevorzugen.[5]) Die mit ihren Forderungen ausgefallenen Gläubiger können nicht gegen die befriedigten Gläubiger Regreß nehmen.[6]) Es gilt also nicht Konkursprinzip. „Die Beobachtung einer bestimmten Rangordnung und die

---

[1]) Jaeger, S. 11; Hachenburg, S. 685; Dernburg, Bd. V, S. 479, Anm. 20.

[2]) Eck, Bd. III, S. 35.

[3]) Eck, Bd. III, S. 35.

[4]) Kretzschmar, S. 364.

[5]) Motive, Bd. V, S. 641.

[6]) Hachenburg, S. 696; Planck, Bd. V, S. 118 ε; Staudinger, Bd. V, S. 160 e; R. G. R. K., Bd. II, S. 442 Nr. 6; Hagen, S. 156.

anteilsmäßige Befriedigung gleichstehender Gläubiger mutet das Gesetz dem Erben nicht zu.“ [1])

III. Gleichstellung aller endgültig vollstreckbarer Titel mit dem rechtskräftigen Urteil.

Es bleibt noch die Beantwortung der Frage übrig, ob nur die rechtskräftige Verurteilung des Erben zur Befriedigung eines ausgeschlossenen Gläubigers oder ob auch andere, nicht nur vorläufig, sondern endgültig vollstreckbare Titel gleichen Inhalts, wie sie § 794 Z. P. O. nennt, anderen Gläubigern gegenüber wie die Befriedigung wirken.

Der Wortlaut des § 1973 Abs. II Satz 3 verneint, die ratio bejaht die Frage. Die Bejahung dürfte zutreffen. Denn der § 1973 trifft ja, wie wir bereits erörtert haben, Bestimmungen nur für den Fall, daß der Erbe, sei es, weil er die Forderung des ausgeschlossenen Gläubigers für unbegründet hält, sei es, weil er den Gläubiger aus dem Nachlaß in Güte nicht befriedigen will, letzteren zum Prozeß zwingt. Diesen Fall hat § 1973 Abs. II Satz 3 offenbar im Auge, wenn er nur von der rechtskräftigen Verurteilung des Erben spricht. Das Gesetz verbietet dem Erben nicht, wenn er wegen der Liquidität der Forderung des Nachlaßgläubigers einen überflüssigen Prozeß vermeiden will, daß er dem Gläubiger statt des Urteils andere endgültig vollstreckbare Titel verschafft, damit er sich im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Nachlaß befriedigt.[2]) Man wird daher auch diesen Vollstreckungstiteln die im § 1973 Abs. II Satz 3 bezeichnete Wirkung zuerkennen müssen.

§ 7.

Die Geltendmachung der ausgeschlossenen Forderung durch den Nachlaßgläubiger im Prozeß und die Verteidigung des Erben.

Wir wollen den Erben mit H, den ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger mit S bezeichnen und im Interesse der Anschaulichkeit weiter annehmen, daß die dem S gegen den Nachlaß zustehende Forderung 3000 Mark beträgt.

---

[1]) Jaeger, S. 7.

[2]) Kretzschmar, S. 364, 427; Dernburg, Bd. V, S. 478, 479; Jaeger, S. 7.

Wie wird sich nun, wenn der Alleinerbe H die Befriedigung des ausgeschlossenen Nachlaßgläubigers S aus seinem eigenen Vermögen ablehnt, weil er nicht persönlich haften will,[1]) wenn er weiter die Befriedigung des S mittels Zahlung oder Hingabe von Nachlaßgegenständen an Zahlungsstatt[2]) durch Liquidierung des Nachlasses verweigert, weil er den andern ausgeschlossenen Gläubigern wegen seiner Verwaltung des Nachlasses nicht mehr nach den §§ 1978 bis 1980,[3]) aber auch nicht einmal vom Gesichtspunkt ungerechtfertigter Bereicherung aus — § 1973 Abs. II Satz 1 in Verbindung mit §§ 812ff[4]) persönlich haftbar werden will, wenn er es ferner auch ablehnt, dem S den Nachlaß zur Verfügung zu stellen, damit dieser selber sich aus ihm durch Teilliquidierung in Höhe seiner Forderung ordnungsmäßig befriedige, oder wenn er endlich die Forderung des S bestreitet, wenn es also wegen der 3000 Mark zwischen S und H zum Prozeß kommt, wie wird sich nun Angriff und Verteidigung der Parteien gestalten?

Es sind verschiedene Möglichkeiten denkbar.

A. Wir betrachten zuerst den Fall, daß S von vornherein von H Zahlung der 3000 Mark nur aus dem Nachlaß verlangt.

I. Der Nachlaß ist nicht erschöpft, und der Erbe macht vom Abfindungsrecht keinen Gebrauch.

Der Klageantrag wird dann lauten entweder:

1. den Beklagten zu verurteilen, zur Befriedigung des Klägers wegen einer Forderung von 3000 Mark die Zwangsvollstreckung in die vom Beklagten zu bezeichnenden Nachlaßgegenstände zu dulden[5]) oder, was sachlich dasselbe ist,

2. den Beklagten zu verurteilen, bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß an den Kläger 3000 Mark zu zahlen.[6])

[1]) Dernburg, Bd. V, S. 477—478.

[2]) Dernburg, Bd. V, S. 478—479 VII; R. G. R. K., Bd. II, S. 442 Nr. 7.

[3]) Hachenburg, S. 684; Planck, Bd. V, S. 111; Staudinger, Bd. V, S. 158; Strohal, Bd. II, S. 239.

[4]) Jaeger, S. 11.

[5]) Planck, Bd. V, S. 119; Staudinger, Bd. V, S. 156; R. G. R. K., Bd. II, S. 442 Nr. 8; Nauenberg, S. 49, 50; Schenck, S. 59; Strohal, Bd. II, S. 84, 85; Dernburg, Bd. V, S. 477, 492; Kretzschmar, S. 363; Hachenburg, S. 684; Oetker, S. 187.

[6]) Dernburg, Bd. V, S. 477.

Entsprechend dem Klageantrag erfolgt dann die Verurteilung des Erben. Dieser kann in beiden Fällen der Verurteilung die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß durch Zahlung von 3000 Mark aus dem Nachlaß oder seinem Eigenvermögen an S abwenden. Tut er es nicht, so sucht S wegen seiner Forderung von 3000 Mark im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung aus dem Nachlaßüberschuß. Je nach der Höhe des Nachlaßwertes wird er ganz oder nur teilweise befriedigt werden. Erfolgt die Zwangsvollstreckung nur in den Nachlaß, so hat H keinen Grund zur Beschwerde. Greift sie aber auf das Eigenvermögen des Erben über, so wird er mittels der „Erinnerung" des § 766 Z. P. O. eine Entscheidung des Vollstreckungsgerichts herbeiführen, auf Grund deren die Zwangsvollstreckung auf den Nachlaß beschränkt wird.[1])

So ist die Sachlage, wenn der Nachlaß nicht erschöpft ist, und wenn der Erbe H von dem ihm nach § 1973 Abs. II Satz 2 zustehenden Abfindungsrecht keinen Gebrauch macht. Ist der Nachlaß aber erschöpft oder übt H sein Abfindungsrecht schon im Hauptprozeß aus und ist der Wert des Nachlaßüberschusses geringer, als der Betrag der eingeklagten Forderung, so ergeben sich für den ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger S sehr fatale Konsequenzen.

II. Der Nachlaß ist erschöpft.

Ist der Nachlaß bereits tatsächlich erschöpft oder wird er durch die noch vor dem Anspruch des S zu berücksichtigenden Forderungen rechnerisch erschöpft, wofür in beiden Fällen im Streitfalle der Erbe H beweispflichtig ist,[2]) so kann H schlechthin die Abweisung der von S gegen ihn erhobenen Klage verlangen.[3]) Zu weit geht aber die Ansicht,[4]) der Erbe brauche sich auf Prozesse überhaupt nicht einzulassen, welche von ausgeschlossenen Gläubigern nach Erschöpfung des Nachlasses gegen ihn angestrengt werden, weil ihm in diesem Fall die Passivlegitimation fehle. Das ist nicht richtig.[5])

---

[1]) Dernburg, Bd. V, S. 478.

[2]) Planck, Bd. V, S. 113c; R. G. R. K., Bd. II, S. 443 Nr. 11; Kretzschmar, S. 363; Dernburg, Bd. V, S. 478, Anm. 17 und dort Zitierte.

[3]) Kretzschmar in Bl. f. Rechtsanwendung, S. 685 V.

[4]) Jaeger, S. 9.

[5]) Vergl. Eccius bei Gruchot, Bd. 43, S. 618; Planck, Bd. V, S. 113c.

III. Der Nachlaß ist nicht erschöpft und der Erbe macht vom Abfindungsrecht schon im Hauptprozeß Gebrauch.

1. Der Nachlaßüberschuß deckt die Forderung des S.

In diesem Falle erwirkt S ein obsiegendes Urteil in voller Höhe seiner Forderung und erhält von H vollständige Befriedigung sei es aus dem Nachlaßüberschuß, sei es aus dem persönlichen Vermögen des Erben. Zahlt H aus seinem Eigenvermögen, so kann er den gezahlten Betrag als auf den Nachlaß gemachte Aufwendung vom Aktivbestand des Nachlaßüberschusses in Abzug bringen.[1])

2. Der Nachlaßüberschuß deckt die Forderung des S nicht.

Ist der Nachlaß nicht erschöpft, der Wert seines Überschusses aber geringer, als der Betrag der eingeklagten Forderung von 3000 Mark, und übt H sein Abfindungsrecht schon im Hauptprozeß aus, so wird S mit dem den Wert des Nachlaßüberschusses übersteigenden Teil der von ihm eingeklagten Forderung abgewiesen und muß nach § 92 Z. P. O. die Prozeßkosten verhältnismäßig tragen. Gesetzt also, S klagte seine Forderung mit 3000 Mark ein, der Nachlaßüberschuß ist 1000 Mark wert, und H macht vom Abfindungsrecht Gebrauch, so wird H zwar vorbehaltlos, also mit endgültig unbeschränkter Haftung[2]) verurteilt werden, an S 1000 Mark zu zahlen. Mit der Mehrforderung wird S aber abgewiesen werden. Und von den Kosten des Rechtsstreites wird er $^2/_3$, H $^1/_3$ zu tragen haben.

Also abgesehen davon, daß S die Prozeßkosten bei Erschöpfung des Nachlasses ganz, bei 3000 Mark nicht erreichendem Wert im Verhältnis zu tragen hat, ist es noch fraglich, ob dem S die Forderung nicht gänzlich, bezw. teilweise rechtskräftig aberkannt ist und ob H ihrer etwaigen späteren wiederholten Geltendmachung nicht gemäß §§ 322 ff Z. P. O. die Einrede der Rechtskraft entgegensetzen könnte. Meyer[3]) verneint die Möglichkeit der exceptio rei judicatae gegenüber dem Nachlaßgläubiger. Er meint, im Fall der teilweisen Abweisung desselben, dem Kläger sei nichts schlechthin aberkannt, er könne

---

[1]) Planck, Bd. V, S. 115 a; Staudinger, Bd. V, S. 158; R. G. R. K., Bd. II, S. 443 Nr. 9.

[2]) Kretzschmar, S. 364.

[3]) S. 47, § 31.

daher, wenn es noch zu einem Nachlaßkonkurse komme, ohne daß ihm die Einrede der Rechtskraft entgegenstände, in Höhe seines Ausfalls die Forderung im Nachlaßkonkurse geltend machen. Auf einen diesbezüglichen Antrag des Klägers werde das Urteil dann lauten: „Im übrigen wird der Kläger abgewiesen unbeschadet seines Rechts, die Forderung in einem etwaigen Nachlaßkonkurse geltend zu machen."

Dieser von Meyer empfohlene Ausweg dürfte aber selbst bei Verneinung der Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht gangbar sein. Denn wie kann überhaupt noch später Nachlaßkonkurs eröffnet werden, wenn der Nachlaßgläubiger schon vorher ganz oder teilweise mit seiner Klage abgewiesen wird, weil kein Nachlaß mehr zu seiner Befriedigung vorhanden ist?

Die Frage, ob dem wegen Nachlaßerschöpfung mit seiner Klage ganz oder teilweise abgewiesenen ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger bei wiederholter Geltendmachung seiner Forderung die exceptio rei judicatae entgegengestellt werden kann oder nicht, diese Frage kann aber offen bleiben. Denn einmal steht sie zu unserer Aufgabe nur in sehr entfernter Beziehung. Sodann hat sie höchstens eine theoretische, keinesfalls aber eine praktische Bedeutung. Denn da der Erbe H dem ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger S nur mit dem Nachlaß haftet, ein Nachlaß aber nicht mehr vorhanden ist, so wird S mangels eines Befriedigungsobjekts seine Forderung gegen H wohl nicht mehr geltend machen. Er braucht also im Gegensatz zu dem allerdings reellen Rechtsnachteil der gänzlichen oder teilweisen Tragung der Prozeßkosten den bei Unterstellung der Einrede der Rechtskraft ihn doch nur ideell treffenden Verlust seiner Forderung nicht tragisch zu nehmen.

Um die eventuelle gänzliche, bezw. teilweise Abweisung seiner Klage und die hieraus folgende Verpflichtung zur Tragung aller Prozeßkosten, bezw. eines Teiles derselben zu vermeiden, wird daher S gut daran tun, noch vor der Klageerhebung sich über den Nachlaßbestand zu informieren.

a) Hierzu wird ihm das Nachlaßinventar als Informationsmittel dienen, das in der Regel vorhanden sein wird, weil seine Errichtung ja sowohl im Interesse des Erben H[1]) wie auch

[1]) Strohal, Bd. II, S. 209.

im Interesse sämtlicher Nachlaßgläubiger liegt.[1]) Bezweifelt S die Richtigkeit des Inventars und verlangt er nach Maßgabe des § 2006 von H die Leistung des Offenbarungseides, so braucht freilich H, wie wir bereits oben S. 9 und 10 erörtert, diesem Verlangen nicht nachzukommen[2]) und zwar, ohne etwa befürchten zu müssen, wegen der Verweigerung der Leistung des Offenbarungseides nach § 2006 dem ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger S unbeschränkt haftbar zu werden.

b) Ist wider Erwarten kein Nachlaßinventar vorhanden, weil der Erbe es freiwillig nicht errichtet und auch kein Nachlaßgläubiger die Errichtung desselben verlangt hat, so kann der ausgeschlossene Gläubiger S den Erben H jetzt nicht mehr zur Inventarerrichtung unter Hinweis auf die ihm gegenüber sonst nach § 1994 Abs. I Satz 2 wegen Versäumung der Inventarfrist eintretenden allgemeinen unbeschränkten Haftung nötigen[3]) denn, wie wir schon erörtert haben, kann nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 2013 Abs. I Satz 2 die nachträgliche Versäumung der Inventarfrist des § 1994 Abs. I Satz 2 das nach § 1973 schon vorher erworbene Recht des Erben auf Geltendmachung der beschränkten Haftung nicht mehr beseitigen. Deshalb kann die Frage unentschieden bleiben, ob der bereits ausgeschlossene Nachlaßgläubiger überhaupt noch zur Stellung des Antrags auf Inventarerrichtung berechtigt ist, was Hachenburg[4]) verneint, oder ob ihm dieses Recht an sich noch zusteht, was Strohal[5]) und andere[6]) zwar bejahen, aber doch nur mit der Einschränkung, daß der ausgeschlossene Gläubiger selber von der Ausübung dieses Rechtes keinen Nutzen hat. Es wird nämlich zugegeben[7]): „Freilich haftet der Erbe dem ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger auch bei Nichterrichtung des Inventars nur beschränkt. Er nützt also nicht sich, sondern nur den andern Nachlaßgläubigern."

---

[1]) Neumann, Bd. II, S. 478, Bemerkung zu § 1974; Dernburg, Bd. V, S. 496; Eck, Bd. III, S. 29.

[2]) Strohal, Bd. II, S. 222, 244.

[3]) Planck, Bd. V, S. 120, 121 Nr. 8.

[4]) S. 691.

[5]) Bd. II, S. 210.

[6]) Ebenso Planck, Bd. V, S. 120, 121; R. G. R. K., Bd. II, S. 458 Nr. 1; Windscheid-Kipp, Bd. III, S. 467 Nr. 5.

[7]) Strohal, Bd. II, S. 210, Anm. 9.

Unter diesen Umständen bleibt dem ausgeschlossenen Gläubiger noch der Ausweg,[1]) nach den §§ 260, 261 vom Erben die Vorlegung eines Verzeichnisses des Nachlaßbestandes und bei begründeter Annahme, daß das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt worden ist, die Leistung des Offenbarungseides zu verlangen. Freilich versagt auch dieses Mittel, wenn der Erbe das Verlangen des Gläubigers nicht erfüllen will. Denn die Errichtung eines Verzeichnisses des Nachlaßbestandes, die ja zugleich Auskunfterteilung und Rechnungslegung enthält, ist eine unvertretbare Handlung, sie kann nicht durch einen dritten vorgenommen werden[2]) und hängt ausschließlich vom Willen des Schuldners ab. Das gleiche ist bei der Leistung des Offenbarungseides der Fall. Ist nun der Erbe rechtskräftig zur Inventarerrichtung nach § 260 Abs. I, bezw. zur Leistung des Offenbarungseides nach § 260 Abs. II verurteilt und kommt er dem Urteil nicht nach, so erschöpft sich die Zwangsvollstreckung nach den §§ 888, 889, 904 bis 914 Z. P. O. darin, daß der Erbe auf Antrag des Gläubigers zur Vornahme der Handlung durch Geldstrafen bis zum Gesamtbetrage von 1500 Mark oder durch Haft bis zu sechs Monaten, deren Kosten der Gläubiger einschließlich der Verpflegungskosten von Monat zu Monat nach § 911 Z. P. O. vorauszuzahlen hat, angehalten wird.

c) Kann sich somit der ausgeschlossene Nachlaßgläubiger S, weil kein Inventar vorhanden ist, vor der Klageerhebung wegen der Renitenz des Erben H, und weil es ihm nicht gelingt, sich auf andere Art, z. B. durch Erkundigungen, Aufschluß zu verschaffen, über den Nachlaßbestand nicht informieren, so wird ihm nichts übrig bleiben, als im Klageantrag den ganzen Betrag seiner Forderung anzusetzen und abzuwarten, wie sich nunmehr der Erbe im Prozeßverfahren verhalten wird.

α) Beantragt H Klageabweisung, weil der Nachlaß erschöpft sei, so muß er die Erschöpfung beweisen, wenn S sie bestreitet.[3]) Ist der Nachlaß erschöpft, so wird S, um unnütze Kosten zu vermeiden, die Klage zurücknehmen, wozu, da bereits kontra-

---

[1]) Strohal, Bd. II, S. 244; Oetker, S. 187.

[2]) R. G., Bd. 39, S. 420; J. W., 1898, S. 357 Nr. 30; R. G., Bd. 7, S. 358, Bd. 8, S. 336; J. W., 1897, S. 450 Nr. 12; 1898, S. 357 Nr. 30.

[3]) Planck, Bd. V, S. 113c; Staudinger, Bd. V, S. 153 II, 1b; R. G. R. K., Bd. II, S. 443 Nr. 11; Strohal, Bd. II, S. 244; Kretzschmar, S. 363,

diktorisch verhandelt ist, nach § 271 Z. P. O. allerdings die Einwilligung des Beklagten erforderlich ist. Verweigert H seine Einwilligung, dann wird S mit seiner Klage abgewiesen und verurteilt, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Die infolge der Zurücknahme, wie infolge der Abweisung der Klage dem S entstandenen Kosten kann dieser aber nach § 826 von H zurückerstattet verlangen. Denn es kann nicht zweifelhaft sein, daß H dem S diesen Schaden in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich zugefügt hat.

β) Ist der Nachlaß erschöpft und macht der Erbe vom Recht der beschränkten Haftung nach § 1973 Gebrauch, so muß er ja die Nachlaßgegenstände bezeichnen, aus welchen sich S im Wege der Zwangsvollstreckung befriedigen soll.[1]) Bestreitet S die Richtigkeit des Verzeichnisses der Nachlaßgegenstände, so muß H sie beweisen. Den Beweis kann er außer anderen Beweismitteln nur auf Grund eines Nachlaßinventars führen. Ist der Wert des Nachlaßüberschusses auf Grund erfolgter Beweisaufnahme festgestellt oder sind sich die Parteien über den Wert einig, so stellt S jetzt die Klagesumme von 3000 Mark auf den Wertbetrag des Nachlasses, z. B. auf 1000 Mark ein, macht also nur eine Teilforderung von 1000 Mark geltend, was ja nach § 268 Ziffer 2 Z. P. O. zulässig ist.

γ) Ist der Wert des Nachlaßüberschusses geringer, als die Klagesumme von 3000 Mark, — beträgt er z. B. nur 1000 Mark und macht H vom Abfindungsrecht des § 1973 Abs. II Satz 2 Gebrauch, und ermäßigt S seine auf 3000 Mark lautende Klagesumme nicht auf den Wert des Nachlaßüberschusses, also auf 1000 Mark, so wird er mit der Mehrforderung von 2000 Mark abgewiesen und muß zwei Drittel der Prozeßkosten tragen, da er nur mit einem Drittel seiner Forderung obsiegt — § 92 Z. P. O.[2]) Dieser fatalen Folge kann S aber entgehen, indem er sogleich, nachdem H erklärt hat, daß er von seinem Abfindungsrecht Gebrauch mache, seine ursprüngliche Klageforderung auf den Wert des Nachlaßüberschusses ermäßigt. Er kann außerdem der nunmehr veränderten Situation dadurch Rechnung tragen, daß er, wie Meyer[3]) empfiehlt, jetzt beantragt, „den Beklagten zu verurteilen, ihm nach seiner, des Beklagten,

[1]) Kretzschmar, S. 363.
[2]) Kretzschmar, S. 364.
[3]) S. 22.

Wahl 1000 Mark bar zu zahlen oder ihm Nachlaßsachen herauszugeben behufs Befriedigung durch Zwangsvollstreckung wegen eines Betrages von 1000 Mark". S kann aber auch, indem er nur die Klagesumme auf den Wert des Nachlaßüberschusses herabsetzt, bei seinen ursprünglichen Klageanträgen stehen bleiben, die dahin gehen, den Beklagten zu verurteilen, entweder: zur Befriedigung des Klägers wegen einer Forderung von 1000 Mark die Zwangsvollstreckung in die vom Beklagten zu bezeichnenden Nachlaßgegenstände zu dulden [1]) oder bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß dem Kläger 1000 Mark zu zahlen.[2]) Durch diese Klageformulierungen wird die Ausübung des Abfindungsrechts nicht beeinträchtigt. Denn in diesem Falle kann, wenn den Anträgen entsprechende Verurteilung erfolgt, der Erbe die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß vermeiden, indem er den Gläubiger in Höhe der eingeklagten Forderung befriedigt und so wie jeder andere Schuldner seine Schuld durch Erfüllung tilgt.

Hier sieht man deutlich, daß der Gesetzgeber bei der Gewährung des Abfindungsrechts an den Erben gemäß § 1973 Abs. II Satz 2 von der Erwartung ausgeht, daß der ausgeschlossene Nachlaßgläubiger, obwohl der Nachlaßüberschuß weniger wert ist, als der Betrag seiner Forderung, gleichwohl seine ganze Forderung einklagt. In diesem Fall soll der Erbe berechtigt sein, die Zwangsvollstreckung in den Nachlaßrest dadurch abzuwenden, daß er den Gläubiger nicht ganz, sondern nur teilweise, nämlich durch Zahlung des geringeren Nachlaßwertes befriedigt.

Wenn der Gläubiger aber, was wohl die Regel sein wird, nicht so töricht und unzweckmäßig handelt und teilweise Klageabweisung und unnütze Kosten vermeiden will, wenn er also die Klagesumme, sei es von vornherein, sei es im Laufe des Prozesses, auf den Betrag des Nachlaßwertes einstellt, dann ist die Bestimmung des § 1973 Abs. II Satz 2 überflüssig. Denn in diesem Falle findet die Abwendung der Zwangsvollstreckung ihre gesetzliche Grundlage nicht im § 1973 Abs. II

---

[1]) Planck, Bd. V, S. 119; Staudinger, Bd. V, S. 156; R. G. R. K., Bd. II, S. 442 Nr. 8; Nauenberg, S. 49, 50; Schenk, S. 59; Strohal, Bd. II, S. 84, 85; Dernburg, Bd. V, S. 477, 492; Kretzschmar, S. 363; Hachenburg, S. 684; Oetker, S. 187.

[2]) Dernburg, Bd. V, S. 472 Nr. 4, 477.

Satz 2, sondern im § 362 Abs. I: „Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird."

B. Wir wenden uns jetzt der Erörterung des Falles zu, daß der ausgeschlossene Gläubiger S die Befriedigung wegen seiner Forderung nicht nur aus dem Nachlaß, sondern ohne jede Einschränkung aus dem gesamten Vermögen des Erben H verlangt.

Er wird dann wie ein gewöhnlicher Gläubiger beantragen, den Beklagten zu verurteilen, an ihn 3000 Mark zu zahlen.

Je nachdem sich der Erbe zu diesem Klageantrag verhält, sind auch hier verschiedene Möglichkeiten denkbar.

I. Macht H weder von der Einrede der beschränkten Haftung aus § 1973 Abs. I, noch vom Vorbehalt derselben nach § 780 Z. P. O. Gebrauch, so wird er entsprechend dem Klageantrag ohne jede Einschränkung verurteilt und er haftet dem S gegenüber endgültig unbeschränkt und unbeschränkbar.[1])

Reicht der Nachlaß zur Befriedigung des S nicht aus, und läßt S das Urteil auch in das nicht zum Nachlaß gehörige Vermögen vollstrecken, so kann H den Betrag, mit dem der Gläubiger sonst ausgefallen wäre, wenn er sich nur an den Nachlaß gehalten hätte, von S nicht etwa unter dem Gesichtspunkt ungerechtfertigter Bereicherung nach den §§ 812 ff zurückverlangen. Er könnte es nicht einmal dann,[2]) wenn seine Verurteilung mit dem Vorbehalt des § 780 Z. P. O. oder sogar mit der Feststellung seiner auf den Nachlaß beschränkten Haftung erfolgt ist, und wenn er die Zwangsvollstreckung in sein Eigenvermögen beendigen läßt, ohne in Gemäßheit des § 781 Z. P. O. gegen die Zwangsvollstreckung Einwendungen zu erheben. Denn der Gläubiger hat dann, wie Jaeger[3]) mit Recht sagt: „Die Leistung keineswegs »ohne rechtlichen Grund«

---

[1]) Meyer, S. 19; Neumann, Bd. II, S. 443 Nr. 2c; Binder, Bd. II, S. 220, 221; Strohal, Bd. II, S. 328; Dernburg, Bd. V, S. 504; Staudinger, Bd. V, S. 135 Nr. 4a; Planck, Bd. V, S. 93, 94 Nr. 3; R. G. R. K., Bd. II, S. 436 Nr. 4.

[2]) Planck, Bd. V, S. 93 Nr. 3; Staudinger, Bd. V, S. 135 Nr. 4a; Seuffert, Bd. II, S. 442; Petersen, Bd. II, S. 402; Gaupp-Stein, Bd. II, S. 517.

[3]) S. 21.

erlangt. Im Unterlassen der Geltendmachung des Rechts der beschränkten Haftung wird regelmäßig ein Verzicht des Erben zu erblicken sein."

II. H läßt sich nach § 780 Z. P. O. die Beschränkung seiner Haftung im Urteil vorbehalten, so daß seine Verurteilung etwa so lautet: „Der Beklagte wird unter Vorbehalt der Beschränkung seiner Haftung verurteilt,[1]) an den Kläger 3000 Mark zu zahlen und die Kosten des Rechtsstreits zu tragen." Wenn aber der Nachlaßgläubiger bei der Zwangsvollstreckung auf das Eigenvermögen des Erben übergreift, erhebt sich die schwerwiegende Frage, ob H jetzt im Vollstreckungsstadium noch die Einrede der beschränkten Haftung aus § 1973 Abs. I geltend machen und eine Entscheidung erwirken kann, wonach die Vollstreckung in das nicht zum Nachlaß gehörige Vermögen für unzulässig erklärt wird.

In der Beantwortung dieser Frage gehen die Meinungen weit auseinander.

1. Nach einer Ansicht[2]) soll für die Geltendmachung der Einrede der beschränkten Haftung aus § 1973 Abs. I im Vollstreckungsstadium neben der Bezeichnung der Forderung als einer ausgeschlossenen noch der gleichzeitige Vorbehalt der beschränkten Haftung aus § 780 Z. P. O. erforderlich sein. „Im Falle eines Prozesses" — sagt Eck a. a. O. — „wird der Erbe nach § 780 Z. P. O. zunächst in das Urteil den Vorbehalt aufnehmen lassen müssen, daß er nur mit dem Überschusse des Nachlasses haftet, und bei der Zwangsvollstreckung wird er dann zu beweisen haben, was ihm als Überschuß verblieben sei."

In diesem Falle ist aber der Vorbehalt nach § 780 Z. P. O. überflüssig, weil durch die Bezeichnung der Forderung als einer ausgeschlossenen im Urteil festgestellt ist, daß der Erbe nur cum viribus hereditatis nach Maßgabe des § 1973 haftet.[3])

Es ist auch ein Widerspruch in sich selbst, eine juristische Unmöglichkeit, daß der Erbe die Einrede aus § 1973 Abs. I auf Grund des § 780 Z. P. O. geltend machen soll. Denn die beiden Gesetzesstellen unterscheiden sich voneinander in ihren Voraussetzungen und Wirkungen.

[1]) Meyer, S. 13.
[2]) Eck, Bd. III, S. 35.
[3]) Planck, Bd. V, S. 113, 114.

Die Geltendmachung der Einrede der beschränkten Haftung aus § 1973 Abs. I setzt das Vorhandensein der beschränkten Haftung schon bei ihrer Geltendmachung im Hauptprozeß voraus. Das diese Einrede berücksichtigende Urteil spricht dem Erben endgültig die beschränkte Haftung zu, fällt also in der Frage der Erbenhaftung eine sachliche Entscheidung,[1]) so daß für den bloßen Vorbehalt derselben nach § 780 Z. P. O. im Urteil kein Raum mehr ist.

Zu dieser materiellrechtlichen Wirkung des Urteils tritt die prozeßrechtliche Anweisung an den Gläubiger und sein Vollstreckungsorgan, die Zwangsvollstreckung nur in den Nachlaßüberschuß zu betreiben. Greift die Zwangsvollstreckung trotzdem in das persönliche Vermögen des Erben über, so braucht der Erbe zwecks Freigabe seines Vermögens nicht die Widerspruchsklage des § 767 Z. P. O. beim Prozeßgericht erster Instanz anzustrengen, sondern nach § 766 Z. P. O. nur die einfache Erinnerung beim Vollstreckungsgericht vorzubringen.[2])

Dagegen verlangt die Aufnahme des Vorbehalts der beschränkten Haftung gemäß § 780 Z. P. O. in das Urteil nicht, daß schon zur Zeit des Urteils die beschränkte Haftung besteht, vielmehr genügt es, wenn sie zur Zeit des auf die Widerspruchsklage ergehenden Urteils vorhanden ist, welche der Erbe nach § 767 Z. P. O. anstrengen muß, falls die Zwangsvollstreckung auf das Erbenvermögen übergreift.[3]) Das dem Vorbehalt des § 780 Z. P. O. entsprechende Urteil sieht in der Frage der Erbenhaftung von einer sachlichen Entscheidung ab und läßt die Frage offen, ob die beschränkte Haftung besteht oder noch entstehen wird.[4]) Das Urteil hat nicht, wie Binder[5]) in Konsequenz der von ihm vertretenen grundsätzlich beschränkten Erbenhaftung annimmt, die Wirkung, „daß der Vollstreckungsbeamte nicht berechtigt sein soll, das Erbenvermögen in Angriff zu nehmen". Denn der Erbe kann ja bereits vor der Urteilsfällung, was unbekannt gewesen sein kann, gegen die §§ 1994, 2005, 2006 verstoßen haben und un-

[1]) Gaupp-Stein, Bd. II, S. 514.
[2]) Dernburg, Bd. V, S. 478.
[3]) Meyer, S. 17; Dernburg, Bd. V, S. 472, Anm. 12.
[4]) Gaupp-Stein, Bd. II, S. 513.
[5]) Bd. II, S. 220.

beschränkt haftbar geworden sein oder er kann ja noch in der Zeit zwischen Urteilsfällung und Urteilsvollstreckung unbeschränkt haftbar werden.[1])

Das Urteil hat vielmehr im Gegensatz zur Ansicht von Binder nur die Bedeutung, „daß dem Erben die Möglichkeit späterer Haftungsbeschränkung vorbehalten werden soll".[2]) Das den Erben unter Vorbehalt des § 780 Z. P. O. verurteilende Erkenntnis „gibt ihm nur die prozessuale Möglichkeit, der Pfändung eigener Sachen zu widersprechen, wenn ein Recht dazu zusteht".[3])

Aus dem Gesagten folgt, daß für die gleichzeitige Anwendung des § 1973 und des § 780 Z. P. O. im Urteil kein Raum ist.

2. Nach einer anderen[4]) Ansicht soll der unter Vorbehalt des § 780 Z. P. O. verurteilte Erbe nicht mehr berechtigt sein, der in sein Eigenvermögen geführten Zwangsvollstreckung zu widersprechen, wenn der Nachlaßgläubiger bereits ausgeschlossen war, als der Hauptprozeß noch schwebte.

Strohal sagt a. a. O.: „Der bloße Vorbehalt der Beschränkung der Haftung im Sinne des § 780 Z. P. O. wird nicht für genügend zu erachten sein. Denn die im § 1973 bestimmte Einschränkung der Haftung ist von ganz besonderer Art. Sie ergibt sich nicht aus den allgemeinen Vorschriften über die Beschränkung der Haftung, sondern beruht auf der besonderen Tatsache der Ausschließung, auf die sich der Beklagte, soweit die Berufung auf sie im Laufe des Prozesses überhaupt möglich war — § 767 Abs. II Z. P. O. —, in diesem Stadium auch berufen muß."

Hierauf ist Folgendes zu erwidern: Nach § 781 Z. P. O. bleibt bei der Zwangsvollstreckung gegen den Erben des Schuldners die Haftungsbeschränkung unberücksichtigt, bis auf Grund derselben gegen die Zwangsvollstreckung vom Erben Einwendungen erhoben werden. Die Erledigung dieser Einwendungen erfolgt gemäß § 785 Z. P. O. nach den Be-

---

[1]) Meyer, S. 17.

[2]) Binder, Bd. II, S. 220 und die dort Anm. 8 Zitierten.

[3]) Meyer, S. 24.

[4]) Mayer-Reis, S. 246; Planck, Bd. V, S. 113b, 114; Engländer, S. 77—79; Strohal, Bd. II, S. 245; Kretzschmar in Bl. f. Rechtsanwendung, S. 688 V.

stimmungen des § 767 Z. P. O., also im Wege der Vollstreckungsgegenklage gegen den Nachlaßgläubiger. Nach § 767 Abs. II Z. P. O. sind Einwendungen nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergangen ist, entstanden sind. Im vorliegenden Fall jedoch stützt sich diese Klage auf die bereits zur Zeit des Hauptprozesses vorhanden gewesene Tatsache der Ausschließung des Gläubigers. Es würden also nach dem Wortlaut des § 767 Abs. II Z. P. O. Strohal, Planck, Kretzschmar, Mayer-Reis und Engländer allerdings mit ihrer Meinung recht haben.

Die Genannten berücksichtigen aber nicht, daß der § 767 Abs. II Z. P. O. Einwendungen, die der Erbe schon im Hauptprozeß vorbringen konnte, als Begründung der Vollstreckungsgegenklage nur dann ausschließt, wenn sie sich gegen die Zulässigkeit der Vollstreckung eines ohne Vorbehalt ergangenen Urteils richten. Wenn aber der Erbe mit dem Vorbehalt der beschränkten Haftung nach § 780 Z. P. O. verurteilt wird, dann bringt diese Verurteilung zum Ausdruck, daß, wie Gaupp-Stein[1]) treffend bemerken, „das Urteil eine schon bestehende Verteidigung vorbehält, die sonst nach § 767 Abs. II Z. P. O. abgeschnitten werden würde". Der § 780 Z. P. O. schränkt somit gegenüber den unter Vorbehalt der beschränkten Haftung ergehenden Urteilen die Tragweite des § 767 Abs. II Z. P. O. ein. Deshalb muß die Frage, ob der unter Vorbehalt nach § 780 Z. P. O. verurteilte Erbe die Einrede der beschränkten Haftung aus § 1973 Abs. I noch im Vollstreckungsstadium mittels Zwangsvollstreckungsgegenklage vorbringen kann, wenn der Nachlaßgläubiger schon während des schwebenden Hauptprozesses ausgeschlossen war, nicht aus § 767 Z. P. O. allein, sondern aus ihm in Verbindung mit § 780 Z. P. O. beurteilt und im Gegensatz zu Strohal und Planck bejaht werden.[2])

3. Nach einer dritten, der zweiten entgegengesetzten Ansicht[3]) soll der Nachlaßgläubiger trotz seiner bereits erfolgten Ausschließung mit seiner Klage den Erben nicht sachlich, d. h. nicht mit auf den Nachlaßrest beschränkter,

---

[1]) Bd. II, S. 513.

[2]) Vergl. R. G., Bd. 61, S. 222; Rspr. d. O. L. G., Bd. 9, S. 385; R. G. R. K., Bd. II, S. 441 Nr. 2; Hagen, S. 135; Böhm bei Gruchot, Bd. 42, S. 461.

[3]) Endemann, Bd. III, S. 447 § 101 Ziffer 2 c.

sondern persönlich, also mit unbeschränkter Haftung in Anspruch nehmen. Der Erbe soll sich dann unter dem Vorbehalt der beschränkten Haftung aus § 780 Z. P. O. verurteilen lassen und die Einrede der beschränkten Haftung aus § 1973 Abs. I erst dann geltend machen, wenn der Gläubiger die Zwangsvollstreckung auch in sein nicht zum Nachlaß gehöriges Vermögen betreibt.

Dieser Weg ist, wie wir bei der Prüfung und Widerlegung der von Strohal[1]) aufgestellten Ansicht soeben gesehen haben, allerdings zulässig, er mag auch im Interesse des ausgeschlossenen Gläubigers liegen, weil ihm der Erbe unbeschränkt haftbar wird, wenn er es versäumt, den Vorbehalt des § 780 Z. P. O. im Urteil aufnehmen zu lassen oder im Vollstreckungsstadium rechtzeitig, d. h. vor beendeter Zwangsvollstreckung[2]) die Einrede aus § 1973 Abs. I mittels Vollstreckungsgegenklage gemäß §§ 781, 785, 767 Z. P. O. geltend zu machen. Dem Interesse des Erben dient dieser Weg aber nicht, der Erbe handelt nicht zweckmäßig, wenn er so verfährt. Denn „er ermöglicht dann“ — wie Dernburg[3]) mit Recht sagt — „dem Nachlaßgläubiger, die eigene Habe des Erben auf Grund seiner persönlichen Verurteilung zu pfänden und ist dann allerdings nur auf die Widerspruchsklage gemäß des Vorbehaltes verwiesen. Wird aber der Erbe nur bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in die Nachlaßgegenstände verurteilt, so ist ersichtlich eine Pfändung in sein eigenes Vermögen von vornherein unzulässig, eventuell vom Vollstreckungsgericht nach § 766 Z. P. O. abzustellen“.

4. Eine vierte von Kretzschmar[4]) vertretene Ansicht endlich nimmt gegenüber den von Planck,[5]) Strohal[6]) und Endemann[7]) aufgestellten Extremen einen vermittelnden Standpunkt ein.

a) Nach seiner Meinung muß der Erbe die Einrede aus § 1973 Abs. I schon im Hauptprozeß vorbringen, und ist der Vorbehalt nach § 780 Z. P. O. unzulässig, wenn zur Zeit des

[1]) Bd. II, S. 245.
[2]) Jaeger, S. 21.
[3]) Bd. V, S. 478.
[4]) S. 362, 365.
[5]) Bd. V, S. 113b, 114.
[6]) Bd. II, S. 245.
[7]) Bd. III, S. 447 § 101 Ziffer 2c.

Hauptprozesses der klagende Nachlaßgläubiger bereits ausgeschlossen ist und wenn die nicht ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger schon alle befriedigt sind. Das begründet er einmal mit dem Hinweis auf § 767 Z. P. O. und sodann damit, daß ja das tatsächliche Material für die Begründung der Einrede klar liege, so daß der klagende ausgeschlossene Gläubiger auf den Vorbehalt des § 780 Z. P. O. nicht einzugehen und sich auf einen zweiten Prozeß nicht verweisen zu lassen brauche. Der § 767 Z. P. O. steht aber, wie schon gegenüber Strohal [1]) und Planck [2]) ausgeführt ist, der Geltendmachung der Einrede durch Vollstreckungsgegenklage trotz der bereits während des Hauptprozesses erfolgten Ausschließung des Gläubigers nicht entgegen, wenn die Verurteilung des Erben mit dem Vorbehalt des § 780 Z. P. O. erfolgt ist. Und was den zweiten, durch die Erhebung der Vollstreckungsgegenklage entstehenden Prozeß betrifft, auf den sich der Gläubiger nicht verweisen zu lassen brauche, wird er nicht durch den Erben, sondern durch den Gläubiger veranlaßt, der anstatt „unmittelbar auf das Ziel zu gehen, zu dem er allein noch Zugang hat“,[3]) die persönliche Haftung des Erben begehrt. Der Gläubiger kann den zweiten Prozeß vermeiden, wenn er sich in den ihm infolge seiner Ausschließung gezogenen Grenzen hält und den Erben, anstatt ihn unbeschränkt zu belangen, worauf er nach § 1973 kein Recht mehr hat, nur mit auf den Nachlaß beschränkter Haftung in Anspruch nimmt. Tut er es nicht, dann ist es das gute Recht des Erben, den Vorbehalt des § 780 Z. P. O. im Urteil zu verlangen. Kommt es dann zur Erhebung der Vollstreckungsgegenklage, so ist wiederum der Gläubiger daran schuld, weil er dem Erben zur Erhebung der Klage durch Übergreifen der Zwangsvollstreckung in das nicht zum Nachlaß gehörige Vermögen Veranlassung gibt.

b) Wie Kretzschmar [4]) weiter ausführt, braucht dagegen der Erbe die Einrede aus § 1973 Abs. I nicht schon im Hauptprozesse vorbringen, kann er vielmehr sich auf den in das Urteil aufzunehmenden Vorbehalt des § 780 Z. P. O. beschränken,

---

[1]) Bd. II, S. 245.

[2]) Bd. V, S. 113b, 114.

[3]) Dernburg, Bd. V, S. 466, 2. Auflage 1905 — in der 3. Auflage fehlt diese Stelle.

[4]) S. 365.

wenn während des Hauptprozesses der klagende Nachlaßgläubiger zwar schon ausgeschlossen ist, die nicht ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger dagegen noch nicht sämtlich befriedigt sind. „Denn sonst“ — meint Kretzschmar[1]) — „hätte der Erbe bei der zur Befriedigung der Gläubiger erforderlichen Veräußerung der Nachlaßgegenstände für die Erzielung des Schätzungspreises einzustehen, was ihm sicher nicht zugemutet werden darf, da er cum viribus und nicht pro viribus hereditatis haftet.“ Gedacht ist hierbei an den Fall, daß die Haftung des Erben gegenüber den nicht ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern infolge der Nachlaßseparation, die nach Befriedigung des ausgeschlossenen Gläubigers aus dem Nachlaß erfolgt, sich auf den Nachlaß beschränkt.

Im Ergebnis ist Kretzschmar beizustimmen, nicht aber in der Begründung. Die nach Ansicht Kretzschmars dem Erben drohende Gefahr, falls er die Einrede aus § 1973 Abs. I schon im Hauptprozeß erhebt, obgleich die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger noch nicht oder noch nicht vollständig erfolgt ist, ist nämlich in Wirklichkeit gar nicht vorhanden. Denn „im Aufgebotsverfahren ausgeschlossene Nachlaßgläubiger haben“, — wie Dernburg[2]) mit Recht sagt — „nach § 1973 nur Anspruch auf Befriedigung aus dem Rest des Nachlasses nach Tilgung der nicht ausgeschlossenen Nachlaßverbindlichkeiten“. Angenommen, der Wert des Nachlasses beträgt 20000 Mark, die Forderungen der nicht ausgeschlossenen noch nicht befriedigten Nachlaßgläubiger betragen 19000 Mark, und der ausgeschlossene Nachlaßgläubiger S klagt trotzdem seine ganze Forderung von 3000 Mark gegen den Erben H ein. Macht H von der Einrede aus § 1973 Abs. I schon im Hauptprozeß Gebrauch, wird er also mit endgültig auf den Nachlaßüberschuß beschränkter Haftung verurteilt, an den Nachlaßgläubiger S 3000 Mark zu zahlen, dann darf der ausgeschlossene Nachlaßgläubiger S sich im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Nachlaß nur in Höhe von 1000 Mark, nicht aber in Höhe seiner ganzen Forderung von 3000 Mark befriedigen, denn der Nachlaßüberschuß beträgt nur 1000 Mark. Müssen bei der Zwangsvollstreckung, um 1000 Mark zu erzielen,

[1]) S. 366.
[2]) Bd. V, S. 472 Nr. 4.

mehr Nachlaßsachen versteigert werden, als nach den Wertangaben im Inventar nach § 2001 Abs. II anzunehmen war, verringert sich also hierdurch die Zahl der zur Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger bestimmten Nachlaßgegenstände, so braucht ihnen der Erbe für einen sich bei der nachher von ihnen zwecks ihrer Befriedigung betriebenen Zwangsvollstreckung etwa ergebenden Ausfall ihrer Forderungen aus folgenden Gründen nicht aufzukommen.

Angenommen, der Erbe wäre den nicht ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern für den etwaigen Ausfall ihrer Forderungen haftbar, den sie dadurch erleiden, daß bei der zum Zwecke ihrer Befriedigung in den Nachlaß betriebenen Zwangsvollstreckung der erzielte Erlös hinter dem Schätzungswert deshalb zurückbleibt, weil sich der ausgeschlossene Nachlaßgläubiger schon vor ihnen aus dem durch Abzug des Gesamtbetrages der Forderungen der nicht ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger vom Schätzungswert der Nachlaßgegenstände berechneten Nachlaßüberschusse im Wege der Zwangsvollstreckung befriedigt hat, so ist der Erbe gegen diese Gefahr persönlicher Haftbarkeit für den etwaigen Ausfall der nicht ausgeschlossenen Forderungen ebensowenig durch die Geltendmachung der Einrede aus § 1973 Abs. I schon im Hauptprozeß, wovon Kretzschmar[1]) dem Erben abratet, geschützt, wie durch den von ihm als Schutz gegen diese Gefahr empfohlenen Vorbehalt des § 780 Z. P. O. im Urteil und die sich hieran anschließende Geltendmachung der Einrede aus § 1973 erst im Vollstreckungsstadium.

Denn in beiden Fällen kann der ausgeschlossene Nachlaßgläubiger in den durch Abzug des Gesamtbetrages der Forderungen der nicht ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger vom Schätzungswert der Nachlaßgegenstände berechneten Nachlaßüberschuß vollstrecken lassen. Der so berechnete Überschuß kann sich dann hinterher bei der von den nicht ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern in den Nachlaß durchgeführten Zwangsvollstreckung als geringer, wie nach den im Inventar enthaltenen Wertangaben anzunehmen war, herausstellen und einen größeren oder kleineren Ausfall ihrer Forderungen zur Folge haben.

---

[1]) S. 365, 366.

Eine Ersatzpflicht des Erben gegenüber den nicht ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern kann aber in Wirklichkeit nicht in Frage kommen.

Der Erbe handelt bei Berechnung des Nachlaßüberschusses unter Zugrundelegung des Schätzungswertes nicht fahrlässig, er muß sich bei der Feststellung des Überschusses darauf verlassen können, daß der später durch die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß zu erzielende Erlös nicht hinter den Wertangaben des Inventars zurückbleibt. Denn das gemäß §§ 2001, 2002 vom Erben selbst aufgenommene Inventar ist unter Zuziehung der im § 2002 genannten amtlichen Organe errichtet und wenn der Erbe es beantragt, nach § 2003 durch diese Organe selber aufgenommen.

Die gegenteilige Ansicht, die in dem Verhalten des Erben ein Verschulden im Sinne des § 276 erblickt, wenn er den Nachlaßüberschuß in der erwähnten Weise feststellt, dem ausgeschlossenen Gläubiger den so berechneten Überschuß zum Zwecke seiner Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung zur Verfügung stellt und ihn für einen etwaigen Ausfall persönlich haften läßt,[1]) würde nicht nur zu unbefriedigenden, sondern auch zu unerträglichen Folgen führen.

Denn der ausgeschlossene Nachlaßgläubiger könnte sonst das von ihm erstrittene Urteil, obwohl es die Rechtskraft beschritten hat, in den Nachlaß erst vollstrecken lassen, nachdem die sämtlichen nicht ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger sich im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Nachlaß befriedigt haben, weil ja erst jetzt endgültig feststünde, ob überhaupt noch ein Nachlaßüberschuß vorhanden, eventuell, wie groß er ist. Diese Betrachtungsweise würde aber zu einer Sperre des Nachlasses gegenüber ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern führen, mit dem im § 1973 Abs. II Satz 3 aufgestellten, von uns bereits erörterten Präventionsprinzip[2]) in Widerspruch stehen und dem ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger bei der Verwirklichung seines rechtskräftig festgestellten Anspruchs eine Wartefrist aufnötigen, die, wenn der Erbe mit den nicht ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern wegen der von ihnen

[1]) Kretzschmar, S. 365, 366.

[2]) Jaeger, S. 67; Hachenburg, S. 685; Dernburg, Bd. V, S. 479, Anm. 20; Eck, Bd. III, S. 35; Kretzschmar, S. 364.

gegen den Nachlaß geltend gemachten Forderungen prozessiert, bis zur endgültigen rechtskräftigen Erledigung dieser Prozesse, also unter Umständen Jahre hindurch dauern könnte.

Zu diesen Erwägungen, die gegen eine Ersatzpflicht des Erben sprechen, wenn die nicht ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger bei der von ihnen in den Nachlaß geführten Zwangsvollstreckung mit ihren Forderungen mehr oder weniger ausfallen, weil schon vor ihnen der ausgeschlossene Nachlaßgläubiger in den durch Abzug des Gesamtbetrages der nicht ausgeschlossenen Forderungen vom Schätzungswert des Nachlasses auf Grund des Inventars berechneten Nachlaßüberschuß zwecks seiner Befriedigung hat vollstrecken lassen, tritt noch das weitere Argument, daß sowohl die Befriedigung des ausgeschlossenen Nachlaßgläubigers, wie die der nicht ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt und daß die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgte Veräußerung der Nachlaßgegenstände den Wert derselben in einer für alle Beteiligten verbindlichen Weise feststellt.[1])

c) War die Ausschließung des klagenden Nachlaßgläubigers zur Zeit des Hauptprozesses noch nicht erfolgt, ist sie vielmehr erst nach der Urteilsfällung und noch vor Beendigung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß eingetreten, so muß, wie Kretzschmar[2]) richtig bemerkt, der Erbe sich auf die Aufnahme des Vorbehalts nach § 780 Z. P. O. in das Urteil beschränken und im Falle des Übergreifens der Zwangsvollstreckung in sein nicht zum Nachlasse gehöriges Vermögen die Freigabe desselben durch Geltendmachung der Einrede aus § 1973 Abs. I im Wege der Vollstreckungsgegenklage nach §§ 785, 767 Z. P. O. verlangen mit dem Antrage: „Die Vollstreckung in das nicht zum Nachlasse gehörige Vermögen für unzulässig zu erklären.“[3]) Der ausgeschlossene Nachlaßgläubiger S beantragt dann im Wege der Widerklage den Erben H zu verurteilen,[4]) entweder zum Zwecke seiner Befriedigung wegen einer Forderung von 3000 Mark bezw. wegen eines von ihm nach der Größe des Überschusses zu bestimmenden Teilbetrages seiner Forderung, die Zwangsvollstreckung in die vom

[1]) Jaeger, S. 7.
[2]) S. 365.
[3]) Gaupp-Stein, Bd. II, S. 517; Seuffert, Bd. II, S. 442.
[4]) Kretzschmar, S. 368, Anm. 11.

Erben zu bezeichnenden Nachlaßgegenstände zu dulden[1]) oder, was in der Sache dasselbe ist, bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß an den Gläubiger 3000 Mark, bezw. den nur verlangten Teilbetrag zu zahlen.[2])

d) Die Erörterung dieses letzten Falles nötigt zu der Frage, ob der ihm zugrunde liegende Tatbestand überhaupt möglich ist, daß gegen einen Nachlaßgläubiger, der auf Grund seiner Forderung gegen den Erben ein rechtskräftiges Urteil erwirkt hat, hinterher in Ansehung der rechtskräftig festgestellten Forderung ein Ausschlußurteil mit der im § 995 Z. P. O. enthaltenen Wirkung ergehen kann, weil ja der Erbe schon vorher infolge des Prozesses von der Forderung Kenntnis erlangt hat.

Und doch muß die Frage bejaht werden. Denn wenn auch dem Erben die Forderung eines Nachlaßgläubigers zur Zeit des Aufgebotsverfahrens bekannt ist, wird doch dadurch an sich die Ausschließung des Gläubigers nicht gehindert.[3])

Denn der Prozeß und das Aufgebotsverfahren sind voneinander unabhängig, es sind zwei verschiedene Verfahren vor zwei verschiedenen Gerichten. Wie wir schon früher bei der Erörterung des Aufgebotsverfahrens gesehen haben, muß der Nachlaßgläubiger, wenn das Aufgebotsverfahren schwebt, seine Forderung bei Vermeidung der Ausschließung nach § 995 Z. P. O. selbst dann anmelden, wenn seine Forderung dem Erben bekannt, wenn sie in das Inventar aufgenommen, rechtshängig oder rechtskräftig festgestellt ist.[4]) „Da indessen" — wie Dernburg[5]) zutreffend ausführt — „der Erbe dem Antrag auf Erlassung des Aufgebots ein Verzeichnis der ihm bekannten Gläubiger beizufügen hat, § 992 Z. P. O., und da ihm das Gericht nach § 952 Abs. III Z. P. O. die eidesstattliche Versicherung abnehmen kann, daß ihm weitere Forderungen nicht bekannt waren, so kann sich aus der Kenntnis einer ausgeschlossenen Forderung eine Anfechtung des Ausschlußurteils bezüglich derselben ergeben, § 957 Abs. II Ziffer 6, § 580 Ziffer 4 Z. P. O."

---

[1]) Strohal, Bd. II, S. 84, 85; Dernburg, Bd. V, S. 477, 492; Kretzschmar, S. 363; Hachenburg, S. 684; Oetker, S. 187.

[2]) Dernburg, Bd. V, S. 472 Nr. 4, 477.

[3]) Küntzel bei Gruchot, Bd. 41, S. 834.

[4]) Strohal, Bd. II, S. 82; Kretzschmar, S. 242.

[5]) Bd. V, S. 477, Anm. 14.

Dringt der ausgeschlossene Nachlaßgläubiger mit der Anfechtungsklage durch, so steht er den übrigen nicht ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern gleich. Er erhält also, Nachlaßseparation vorausgesetzt, wie diese, bei zureichendem Nachlaß vollständige, bei unzureichendem Nachlaß im Nachlaßkonkurse prozentuale Befriedigung. Reicht der Nachlaß zu seiner völligen Befriedigung nicht mehr aus, weil die andern nicht ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger schon vorher aus ihm befriedigt sind, hätte also der Erbe bei Berücksichtigung der Forderung des anfechtenden Nachlaßgläubigers wegen Überschuldung des Nachlasses nach § 215 K. O. ordnungsmäßig die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragen müssen, so schwebt über ihm, um mit Hachenburg[1]) zu reden, die drohende Wetterwolke des § 1980, der den Erben den Nachlaßgläubigern gegenüber für den Schaden verantwortlich macht, der ihnen daraus entsteht, daß der Erbe nicht unverzüglich, nachdem er von der Überschuldung des Nachlasses Kenntnis erlangt hat, die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragt.

III. 1. H macht, womit er seinem Interesse am besten dient, die Einrede der beschränkten Haftung aus § 1973 Abs. I gleich im Hauptprozeß geltend, so daß er unter Wahrung seines Rechts, die Zahlung verweigern zu können, soweit sich nicht ein Überschuß ergibt, verurteilt wird.[2]) Dadurch erreicht er einmal die endgültige Feststellung seiner auf den Nachlaßüberschuß beschränkten Haftung schon in dem das Prozeßstadium abschließenden Urteil[3]) und sodann eine Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens für den Fall, daß S das Urteil auch in sein nicht zum Nachlaß gehöriges Vermögen vollstreckt, denn statt der Vollstreckungsgegenklage des § 767 Z. P. O. bedarf es dann nur der Erinnerung des § 766 Z. P. O., um die Freigabe seines Eigenvermögens zu erlangen.[4])

Macht H die Einrede aus § 1973 Abs. I im Hauptprozeß geltend, so ändert S gemäß § 268 Nr. 3 Z. P. O. seinen die unbeschränkte Haftung des Erben begehrenden

---

[1]) S. 698.
[2]) Matthiaß, S. 764.
[3]) R. G. R. K., Bd. II, S. 441 Nr. 2.
[4]) Dernburg, Bd. V, S. 478.

Klageantrag um in einen solchen, der nur die Verurteilung des H mit auf den Nachlaßüberschuß beschränkter Haftung verlangt.[1])

2. Im Gegensatz zu dem hier Ausgeführten, wonach es der Erbe in der Hand hat, durch Geltendmachung der Einrede aus § 1973 Abs. I schon im Hauptprozeß eine sachliche und endgültige Entscheidung des Prozeßgerichts in der Frage der Erbenhaftung herbeizuführen, wird von manchen[2]) die Meinung vertreten, wenn der Erbe behaupte, daß seine beschränkte Haftung bereits endgültig feststehe oder wenn der klagende Nachlaßgläubiger geltend mache, daß der Erbe ihm unbeschränkt hafte, so sei trotzdem das Prozeßgericht nicht verpflichtet, in dem Urteil darüber zu entscheiden. Das Gericht dürfe wohl sachlich darüber entscheiden, es könne sich aber auch auf den Vorbehalt des § 780 Z. P. O. beschränken und die sachliche Entscheidung, namentlich in Zweifelsfällen, dem nach § 781 Z. P. O. einzuleitenden Prozesse vorbehalten.

Nur Seuffert[3]) läßt eine Ausnahme gelten, nämlich dann, wenn der Erbe bereits endgültig unbeschränkt haftet. In diesem Fall soll das Prozeßgericht gehalten sein, den Vorbehalt nach § 780 Z. P. O. abzulehnen. Es ist aber nicht einzusehen, warum das Prozeßgericht nur zu einer dem Erben ungünstigen, nicht aber zu einer ihm günstigen sachlichen Entscheidung in der Frage der Erbenhaftung verpflichtet sein soll. Wenn dem Nachlaßgläubiger der Beweis für die unbeschränkte Haftung des Erben im Hauptprozeß verstattet und das dem Erben ungünstige Beweisergebnis im Urteil durch Ablehnung des Vorbehalts des § 780 Z. P. O. berücksichtigt wird, dann ist es nicht nur recht und billig, sondern auch folgerichtig, daß auch dem Erben der Beweis für seine beschränkte Haftung im Hauptprozeß verstattet wird und daß auch das ihm günstige Beweisergebnis durch Feststellung der beschränkten Haftung im Urteil zum Ausdruck kommt. Die Parteien können das Prozeßgericht durch entsprechende An-

---

[1]) Kretzschmar, S. 363, Anm. 11.

[2]) So Gaupp-Stein, Bd. II, S. 514; Petersen, Bd. II, S. 400; Seuffert, Bd. II, S. 440.

[3]) Bd. II, S. 440.

träge in der Frage der Erbenhaftung zu einer sachlichen Entscheidung nötigen.[1])

§ 8.

Die Rechtsstellung der im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger im Nachlaßkonkurse.

Durch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses wird an der Haftung des Erben gegenüber den Nachlaßgläubigern, welche noch vor Eröffnung des Nachlaßkonkurses im Aufgebotsverfahren bereits ausgeschlossen sind, nichts geändert. Er haftet ihnen nur mit dem Nachlaßüberschuß nach Maßgabe des § 1973.

Aber die Stellung der ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger, die gegenüber den nicht ausgeschlossenen Gläubigern schon ohnedies sehr im Nachteil sind, erfährt im Nachlaßkonkurse noch weitere Verschlechterungen.

1. Nach § 219 Abs. I K. O. kann ein ausgeschlossener Nachlaßgläubiger die Eröffnung des Verfahrens nur beantragen, wenn über das Vermögen des Erben das Konkursverfahren eröffnet ist. Im Gegensatz zu § 217 K. O., der sonst jedem Nachlaßgläubiger das Antragsrecht gibt, wird dem ausgeschlossenen Gläubiger die selbständige Wahrnehmung seines ohnehin nur problematischen Anspruchs auf Befriedigung nur verstattet, wenn sein doch an sich schon sehr fragwürdiges beneficium separationis noch durch die schlechte Vermögenslage des Erben und die drohende Konkurrenz der persönlichen Gläubiger desselben gänzlich vereitelt werden würde.[2])

2. Eine weitere Zurücksetzung gegenüber den anderen Nachlaßgläubigern erfährt der ausgeschlossene Gläubiger nach § 228 Abs. II K. O. insofern, als er auf dasjenige, was der Erbe auf Grund der Vorschriften der §§ 1978—1980 zur Masse ersetzen muß, nur insoweit Anspruch hat, als der Erbe auch

---

[1]) Jaeger, S. 21, Anm. 36; Förster-Eccius, Bd. IV, S. 574 Note 85; Staudinger, Bd. V, S. 137 Nr. 5, 153 II 1; Planck, Bd. V, S. 113 b; Enneccerus-Lehmann, Bd. II, S. 710 II A 1 und Anm. 4 ibid.

[2]) Begr. zur K. O. S. 41.

nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung ersatzpflichtig sein würde. Hierdurch wird das Prinzip des § 1973 gewahrt, daß der Erbe dem ausgeschlossenen Gläubiger zwar auch mit der Substanz des Nachlasses, aber nur unter dem Gesichtspunkt ungerechtfertigter Bereicherung haftet. Es würde sonst die Anomalie eintreten, daß der Erbe dem ausgeschlossenen Gläubiger im Nachlaßkonkurse strenger haftet, als außerhalb desselben.[1])

3. Der § 1973 behandelt den ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger gegenüber den nicht ausgeschlossenen Gläubigern als einen Gläubiger minderen Rechtes. Hieran ändert auch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses nichts. In folgerichtiger Durchführung des Grundsatzes des § 1973[2]) reiht § 226 Abs. IV K. O. den ausgeschlossenen Gläubiger in die Gruppe der minderberechtigten Nachlaßverbindlichkeiten ein, und zwar rangiert er zwischen den im § 226 Abs. II Nr. 3 und 4 bezeichneten Verbindlichkeiten. Diese Einschiebung ist nicht willkürlich, sondern ergibt sich wieder logisch aus § 1973.[3]) Denn die im § 226 Abs. II Nr. 1—3 genannten Nachlaßverbindlichkeiten, nämlich die seit der Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen der im § 61 K. O. bezeichneten Forderungen, die gegen den Erblasser erkannten Geldstrafen und die Verbindlichkeiten aus einer Freigebigkeit des Erblassers unter Lebenden gehen bei ihrer Befriedigung als nicht ausgeschlossene Forderungen den ausgeschlossenen vor. Andrerseits gehen nach § 1973 Abs. I Satz 2 die ausgeschlossenen Nachlaßverbindlichkeiten den Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen vor, sofern letztere noch nicht befriedigt sind. Deshalb gehen die ausgeschlossenen Nachlaßverbindlichkeiten den im § 226 Abs. II Nr. 4 und 5 bezeichneten Forderungen vor.

Es ergeben sich für die Befriedigung der Nachlaßverbindlichkeiten im Nachlaßkonkurse somit folgende zwei große Gruppen. Einmal die in den §§ 3 und 61 K. O. genannten Nachlaßverbindlichkeiten, die auch im Regelkonkurs berücksichtigt werden müssen, und sodann die nur ausnahmsweise im Nach-

[1]) Vergl. auch Nauenberg, S. 75, 76.
[2]) Jaeger, K. O., S. 901, Anm. 25.
[3]) Nauenberg, S. 74.

laßkonkurs zur Teilnahme am Konkursverfahren zugelassenen Forderungen der §§ 63 und 226 K. O. Jene sind „vollberechtigte", diese „minderberechtigte" Nachlaßverbindlichkeiten. Denn sie werden erst berücksichtigt, wenn nach Befriedigung der „vollberechtigten" Forderungen aus der Konkursmasse sich noch ein Überschuß ergibt.[1]) Ebenso wie innerhalb beider Gruppen verschiedene Rangordnungen bestehen, der § 61 zählt sechs, der § 226 K. O. außer den ausgeschlossenen Forderungen fünf Klassen auf, ist das Gleiche auch der Fall innerhalb der Gruppe der ausgeschlossenen Nachlaßverbindlichkeiten. Denn zu ihr gehören alle ausgeschlossenen Forderungen, die durch die Rangordnungen der §§ 61 und 226 K. O. charakterisiert werden. Hieraus folgt, daß in der Klasse der ausgeschlossenen Nachlaßverbindlichkeiten gleichfalls nicht anteilmäßige Befriedigung aller Forderungen, sondern je nach dem Rang der ausgeschlossenen Forderungen Reihenbefriedigung nach Maßgabe der §§ 61 und 226 K. O. eintritt. Das ist der Sinn des Schlußsatzes von § 226: „Im übrigen wird durch die Beschränkungen an der Rangordnung nichts geändert."[2])

Der ausgeschlossene Darlehnsgläubiger kann also erst nach voller Befriedigung der ausgeschlossenen Kurkostenforderung eines Arztes für Behandlung des Erblassers im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung, und der aus einer Freigebigkeit des Erblassers unter Lebenden berechtigte ausgeschlossene Gläubiger erst nach voller Befriedigung des ausgeschlossenen Darlehnsgläubigers berücksichtigt werden. Die Zugehörigkeit der ausgeschlossenen Gläubiger zu der Gruppe der minderberechtigten Nachlaßgläubiger und ihre differenzierte Behandlung innerhalb der Gruppe der Ausgeschlossenen selber drückt ihre Aussicht auf wenn auch noch so geringe Befriedigung auf ein Minimum herab. Die Teilnahme der ausgeschlossenen Gläubiger am Nachlaßkonkurse wird daher selten praktisch werden.[3])

4. Nach § 230 Abs. II K. O. nehmen die im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger „am Zwangsver-

---

[1]) Jaeger, K. O., S. 900, Anm. 19; Dernburg, Bd. V, S. 379.
[2]) Vergl. Jaeger, K. O., S. 901, Anm. 26 und 27; Nauenberg, S. 75.
[3]) Jaeger, K. O., S. 900, Anm. 19.

gleiche nicht teil, sie sind jedoch vor der Bestätigung zu hören. Macht einer von ihnen glaubhaft, daß der Zwangsvergleich sein berechtigtes Interesse verletzt, so ist auf seinen Antrag der Zwangsvergleich zu verwerfen; gegen die Bestätigung steht ihm die sofortige Beschwerde nach § 189 zu".

Die ausgeschlossenen Gläubiger, die als minderberechtigte Nachlaßkonkursgläubiger des § 226 K. O. zu den nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern gehören, würden deshalb nach § 173 K. O. an der Abstimmung über den Zwangsvergleich teil nehmen können. Da sie aber kaum auch nur eine entfernte Aussicht auf wenn auch nur noch so geringe Befriedigung im Nachlaßkonkurse haben, weil ihnen der Erbe nur beschränkt haftet und ein Überschuß aus der Masse nach Befriedigung aller ihnen vorgehenden Gläubiger kaum denkbar ist, so besteht für sie kein praktisches Interesse, an der Beschlußfassung über den Zwangsvergleich mitzuwirken.[1]) Im Gegenteil würde ihre Teilnahme an der Beschlußfassung sehr häufig zur Schikanierung der vollberechtigten Nachlaßkonkursgläubiger führen, und diese wären dann der Willkür der ausgeschlossenen Gläubiger ausgesetzt.[2]) Deshalb ist die im § 230 K. O. erfolgte Ausschließung der minderberechtigten Konkursgläubiger von der Beschlußfassung über den Zwangsvergleich nur zu billigen. Der ausgeschlossene Gläubiger wird auch schwerlich von dem ihm im § 230 Abs. II Satz 2 gegebenen Rechte, den Zwangsvergleich unter der dort angegebenen Voraussetzung zu Falle zu bringen, Gebrauch machen können. Denn wie könnte er glaubhaft machen, daß der Zwangsvergleich sein berechtigtes Interesse verletzt? „Dies setzt" — wie Dernburg[3]) richtig bemerkt — „voraus, daß der Nachlaß im Fall einer Schlußverteilung der Masse voraussichtlich ausreichen würde, alle Konkursgläubiger besseren Rechtes zu befriedigen und noch einen Überschuß zur Befriedigung der Konkursgläubiger minderen Rechts zu lassen". Da aber nach § 215 K. O. die Eröffnung des Nachlaßkonkurses die Überschuldung des Nachlasses voraussetzt, ist es unerfindlich, wie der eben erörterte Fall eintreten könnte. Tritt aber doch der sehr unwahrschein-

---

[1]) Vergl. Nauenberg, S. 76.

[2]) Jaeger, K. O., S. 909, Anm. 12.

[3]) Bd. V, S. 381 III, 2.

liche Fall ein, daß die vollberechtigten Nachlaßkonkursgläubiger ausnahmsweise aus der Masse voll gedeckt werden, dann werden sie wohl schwerlich einen Zwangsvergleich schließen und sich mit einer Akkordquote begnügen, die niedriger ist, als der in der Masse liegende Prozentsatz. Das den minderberechtigten Nachlaßkonkursgläubigern im § 230 Abs. II K. O. eingeräumte Widerspruchsrecht ist also offenbar von sehr problematischer Bedeutung.[1])

Die ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger werden ferner vom Zwangsvergleich gar nicht betroffen, sie können nur den nach Befriedigung aller ihnen vorgehenden Gläubiger verbleibenden Rest der Nachlaßkonkursmasse, nicht aber die Vergleichsquote beanspruchen. Das folgt aus § 230 K. O., ergibt sich aber auch aus dem „Wesen der Sache".[2]) Es würde sonst das merkwürdige Ergebnis eintreten können, daß die von § 1973 normierten Folgen der Ausschließung eines Nachlaßgläubigers im Aufgebotsverfahren durch einen späteren Zwangsvergleich im Nachlaßkonkurse wieder aufgehoben werden und die beschränkte Haftung des Erben in unbeschränkte, nur durch die Vergleichsquote begrenzte sich verwandelt.

---

[1]) Jaeger, K. O., S. 909, Anm. 13; Nauenberg, S. 77.
[2]) Dernburg, Bd. V, S. 382.